

مجلة الشريعة والقانون

مجلة علمية مُحكمة تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية

«نصف سنوية»

العدد السادس عشر - شوال ١٤٢٢هـ - يناير ٢٠٠٢م

تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الإمارات العربية المتحدة

ردمد: ١٠١٣-١٦٠٨

تفهرس المجلة في دليل أولريخ الدولي للدوريات تحت رقم 349199

الاشتراكات السنوية:

نوع الاشتراك	الإمارات	الدول العربية	الدول الأجنبية	سنوات الاشتراك
أفراد	٣٠ درهم	٤٠ درهم	١٠ دولار	سنة
مؤسسات	٦٠ درهم	٨٠ درهم	٣٠ دولار	
أفراد	٥٥ درهم	٧٥ درهم	٢٥ دولار	سنتين
مؤسسات	١١٠ درهم	١٥٠ درهم	٥٥ دولار	
أفراد	٨٠ درهم	١١٠ درهم	٣٥ دولار	٣ سنوات
مؤسسات	١٥٠درهم	٢٠٠ درهم	٨٠ دولار	

تدفع الاشتراكات بإحدي الطرق الآتية:

١ - إما بشيك مصرفي لصالح مجلة الشريعة والقانون على أحد المصارف الإماراتية .

٢ - أو بتحويل مصرفي لحساب جامعة الإمارات العربية المتحدة لدى بنك الاتحاد الوطني رقم ١٠٠٢٧٧٧-٨٢٠ ويُرسل صورة من إيصال التحويل إلينا .

توجه جميع المراسلات والبحوث على العنوان الآتي:

مجلة الشريعة والقانون

العين - ص .ب ١٥٥٥١ - دولة الإمارات العربية المتحدة

هاتف : ٧٥١٤٣٣٦ (٣ ٩٧١)- فاكس : ٧٦٤١٢٢٦ (٣ ٩٧١)

البريد الالكتروني: sharia_law.journal@uaeu.ac.ae

موقع المجلة على شبكة الانترنت: http://sljournal.uaeu.ac.ae



أهداف المجلة وقواعد النشر

✥ أولاً: أهداف المجلة:

مجلة كلية الشريعة والقانون نصف سنويَّة محكَّمة متخصصة تصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، وتهدف إلى:

١- نشر البحوث المبتكرة والتي يعدها المتخصصون في مجالي الشريعة والقانون من أجل إثراء البحث العلمي في هذين المجالين.

٢- توطيد الصلات العلمية والفكرية بين كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة ونظيراتها في الجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية.

٣- معالجة القضايا الإنسانية المعاصرة في إطاري الشريعة والقانون، لا سيما مايختص منها بدولة الإمارات العربية المتحدة ومنطقة الخليج، والعالم العربي والإسلامي.

٤- متابعة ورصد اتجاهات الحركة العلمية في نطاقي الشريعة والقانون عن طريق التعريف بالكتب والترجمات الحديثة في مجالي الشريعة والقانون، والرسائل الجامعية التي تقدم للجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية، والمؤتمرات، والندوات العلمية التي تتناول قضايا الإنسان وبيئته في المجالين المذكورين، بالإضافة إلى أخبار التراث الفكري الإسلامي والعربي والفتاوى الشرعية والقانونية.

٥- إتاحة فرص التبادل العلمي مع المجلات العلمية المماثلة التي تصدرها الكليات المناظرة في الجامعات الأخرى على مستوى العالم.

✥ ثانياً: قواعد النشر:

١ - تقوم مجلة الشريعة والقانون بنشر الدراسات الأصيلة والمبتكرة ذات الصلة بالفقه الإسلامي والقانون بفروعهما، والمتسمة بالعمق والإثراء المعرفي.

٢- يجب اتباع الأصول العلمية من حيث الإحاطة والاستقصاء، والحواشي والمصادر والمراجع، إلى غير ذلك من القواعد المرعية في البحوث العلمية، مع مراعاة أن تكون مراجع وهوامش كل صفحة أسفلها.

٣- يجب أن يراعى في البحوث المتضمنة لنصوص شرعية ضبطها بالشكل مع الدقة في الكتابة.

٤- يجب أن يكون البحث خالياً من الأخطاء اللغوية والنحوية، مع مراعاة الترقيم المتعارف عليه في الأسلوب العربي، وضبط الكلمات التي تحتاج إلى ضبط.

٥- يجب ذكر المصادر والمراجع العلميّة ومؤلفيها في نهاية كل بحث مرتبة ترتيباً هجائياً مع بيان جهة النشر وتاريخه.

٦- على الباحث أن يختم بحثه بخلاصة تبيّن النتيجة والرأي أو الآراء التي تضمنها.
٧- يمكن أن يكون البحث تحقيقاً لمخطوطة تراثيّة، وفي هذه الحالة تُتَّبع القواعدُ العلمية المعروفة في تحقيق التراث وترفق بالبحث صورٌ من المخطوط المحقق.
٨- تقبل البحوث باللغة العربية أوالإنجليزية أو الفرنسية، ويفضل أن يتراوح حجم البحث بين خمسة آلاف وعشرة آلاف كلمة، (١٦-٣٢) صفحة من الحجم العادي، عدا المراجع والأشكال والصور والملاحق.
٩- يجب ألا يكون البحث جزءاً من رسالة الدكتوراه أو الماجستير التي أعدها الباحث، وألايكون قد سبق نشره على أي نحو كان أو تمّ إرساله للنشر في مجلة أخرى ويثبت ذلك بإقرار بخط البحث وتوقيعه.
١٠-يجب أن يكون الباحث مرقوناً على الحاسوب،وتزود هيئة التحرير بثلاث نسخ منه مع نسخة على قرص مرن (ديسك) .
١١-يرفق البحث بنبذة موجزة عن مُعده، تعرف به، وبسجله العلمي، وأبرز أبحاثه ومؤلفاته العلمية.
١٢-يرفق البحث بملخص باللغتين العربية والإنجليزية بما لايزيد على صفحة.
١٣- يتم عرض البحث -على نحو سري- على محكمين من الذين يقع عليهم اختيار هيئة تحرير المجلة .
١٤- يخطر أصحاب البحوث بالقرار حول صلاحيتها للنشر أو عدمه خلال مدة لاتتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ وصوله لهيئة التحرير.
١٥- تعد الأقسام العلمية لائحة المحكمين الداخليين والخارجيين وتعتمدها لجنة المجلة، وتصرف المكافآت وفقاً للقواعد المعمول بها في الجامعة .

أولوية النشر:

أ- البحوث المرتبطة بمجتمع دولة الإمارات العربية المتحدة.
ب- تاريخ وصول البحث لرئيس هيئة تحرير المجلة .
جـ- تنويع الأبحاث موضوعاً وأشخاصاً .

ملاحظات:

١- ماينشر في المجلّة من آراء يُعبّر عن فكر أصحابها ولا يُمثل رأي المجلّة أو اتّجاهها.
٢- ترتيب البحوث في المجلّة يخضع لاعتبارات فنية.
٣- لاترد البحوث المرسلة إلى المجلة إلى أصحابها، نُشرت أم لم تنشر .
٤- لايجوز للباحث أن يطلب عدم نشر بحثه بعد عرضه على هيئة تحرير المجلّة إلا لأسباب تقتنع بها هيئة التحرير، وذلك قبل إشعاره بقبول بحثه للنشر.
٥- تستبعد المجلّة أي بحث مخالف للشروط المذكورة.
٦- لاتدفع المجلّة مكافآت مقابل البّحوث المنشورة أو مراجعات الكتب أو أي أعمال فكريّة مالم يكن بتكليف منها.
٧- يعطى الباحث نسختين من المجلّة وخمسة وعشرين فصلة من بحثه.

محتويات العدد



كلمـــة العــــــدد

مرور ربع قرن على جامعة الإمارات العربية المتحدة

«اليوبيل الفضي»

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيد الأولين والآخرين رسول الله محمد، وعلى آله وصحبه المتقين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين . أما بعد،

لقد كان اهتمام صاحب السمو الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان رئيس الدولة يصب في بداية ونهاية المطاف في محيط الالتزام المطلق بمستقبل الشعب والأمة وقد اتجه منذ البداية لتوفير المستقبل الأفضل لصانعي المستقبل وذلك بعد أن تضافرت الأسس اللازمة لقيام نهضة علمية .

فالأمور العظيمة دائماً تبدأ في صورة آمال، يُخطط لها وتعد الدراسات وتُهيىء الإمكانيات لكي تأتي بثمارها المبتغاة المرجوة، و عندما يسعى المرء إلى تحقيقها تتحول هذه الآمال إلى واقع ملموس يعيشه أفراد المجتمع مترقبين لكل يوم حدثاً جديداً معبراً عن مرحلة جديدة في تاريخهم .

وهكذا جامعة الإمارات العربية بدأت برؤية وبتخطيط مدروس من صاحب السمو الوالد الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان رئيس الدولة، القائد العظيم والأب الرحيم بأبنائه المعتز بهم الشاحذ لهممهم والمحفز لهم على تخطي الصعاب لرفع شأن هذا البلد الغالي المعطاء، و من خلال إعلانه في خطابه التاريخي الذي ألقاه في ١٠/ ١١/ ١٩٧٧ بمناسبة افتتاح الجامعة حين قال " لقد كانت الجامعات وستظل دائماً المشاعل التي تنير لنا الطريق وتمهد السبل للرقي والتقدم " ، ومن فاضل الأقوال التي يعتز بها تاريخ دولة الإمارات مقولته أيضاً أن الدولة تعطي الأولوية لبناء الإنسان ورعاية المواطن في كل مكان من الدولة ، فالمواطن هو الثروة الحقيقية على هذه الأرض وليست الثروة هي ثروة المال بل هي ثروة الرجال، فهم القوة الحقيقية التي نعتز بها . والمعادلة التي قادها صاحب السمو رئيس الدولة كانت دائماً تركز على الإنسان بوصفه محور اهتمام وثروة الوطن، وهم القادرون على رفع أعمدته .

كان ميلاد جامعة الإمارات العربية بصدور القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ١٩٧٦م بإنشاء وتنظيم جامعة الإمارات العربية المتحدة وقد بدأت الدراسة فيها في

عام ١٩٧٧ والناظر جيداً لتلك الفترة بين قيام دولة الاتحاد وإنشاء الجامعة، يرى أنه ليس بالزمن الكبير، وهو أمر يدل على أن ارتباط الدولة بالعلم والمعرفة أمرٌ مخطط له، وهو الطريق الذي ارتأته القيادة الحكيمة للحفاظ على مكتسبات الاتحاد، ولقد سخَّرت الدولة كل مصادرها المالية لخدمة المواطن وبذلت كل طاقاتها لتسليح الجيل الجديد بالعلم والمعرفة وحثه على التمسك بالقِيِّم والأخلاق.

وكانت البداية بأربع كليات هي كلية الإدارة والاقتصاد وكلية العلوم الانسانية والاجتماعية وكلية العلوم وكلية التربية، ثم أضيفت لها كلية الشريعة والقانون وتلتها كلية الهندسة وكلية نظم الأغذية وكلية الطب والعلوم الصحية وكلية تقنية المعلومات، لمواكبة التطور الملحوظ للمجتمع وتلبية حاجات سوق العمل في الدولة.

ولابد لنا أن نعلم بأن الطريق لتحقيق ذلك لم يكن سهلاً وممهداً لإنشاء الجامعة والبدء فيها، ولأن عملية إعداد الإنسان أشق عمليات الصنع فهي تحتاج للوقت والجهد ولمهارة يد البناء، ومن أهم الأمور التي تتطلبها تلك الفترة هي توفير الهيئة التدريسية المتميزة، وأيضاً إقناع أبناء الوطن بالانخراط في الجامعة بدلاً من السفر للدراسة الجامعية في الخارج، وكذلك إقناع أولياء الأمور بقبول تدريس بناتهم في الجامعة وما يستتبع ذلك من إقامتهن الأسبوعية في مدينة العين، كل هذه الأشياء لم تكن في بدايتها سهلة كما يمكن تصورها الآن. وقد صاحَبَ هذه التهيئة أمورٌ كثيرة تعد تذليلاً للصعاب كإنشاءات المرافق العامة وتعبيد الطرق إلى مدينة العين من الإمارات الأخرى وغير ذلك.

وفي عام ١٩٨١ بدأ أول عرس للجامعة بالاحتفال بتخريج أول دفعة من أبنائها على يد القائد الكبير صاحب السمو الشيخ زايد بن سلطان ال نهيان وبحضور إخوانه أصحاب السمو أعضاء المجلس الأعلى حكام الإمارات، وكم كان ذلك العرس معبراً وبليغاً في معناه وقد رأيناه في كلمات الاعتزاز التي صاغها ونطق بها القائد الوالد، وأعلنها على جماهير شعبه، وأمام ضيوفه، بأن الجامعة هي مصنع الرجال، وأن الدولة لم ولن تبخل على العلم والمتعلمين بالمال، والجهد، وأنهم-أي المتعلمين- هم الثروة الحقيقية لهذ البلد، وهكذا فقد دارت الرحى وبدأت الجامعة نتاجها السنوي بتخريج طلبتها.

وتوالت بعد ذلك نجاحات الجامعة بتدفق الطلبة عليها بل وقبول العديد من أبناء الدول الخليجية والجاليات العربية والإسلامية، وكان تفكير إدارة الجامعة منذ بداية نشأتها معنياً بتكوين هيئة تدريسية وطنية تحمل مشعل النور، وانطلقت البعثات إلى الخارج لاستكمال دراسات الماجستير والدكتوراه في جميع أفرع المجالات العلمية.

وقد تعهدها سمو الشيخ نهيان مبارك آل نهيان وزير التعليم العالي والبحث العلمي الرئيس الأعلى للجامعة بكل رعايته منذ أن كانت هي وحدها على الساحة باعتبارها تمثل التعليم العالي ومُبتغاه أن يجعلها نموذجاً يُحتذى به في مستقبل التعليم العالي وأن تكون بحق جامعة الرواد والصرح العلمي القيادي.

ولهذا فقد دأب سموه في إعلاء صرح هذه الجامعة من حيث التطوير الدائم سواء في برامجها العلمية وطرق التدريس فيها واستحداث الكليات المتفقة مع التطور العلمي والتقني طالباً من الجميع بأن يكونوا مبدعين وليسوا بمنفذين ومُلقنين.

ولهذا لم تقف أفكار سمو الشيخ نهيان مبارك آل نهيان عند مسألة الكم في التخريج الكمي للطلبة -إن صح التعبير-، بل الذي كان يؤرقه دائماً و من البدايات هو نوعية التحصيل العلمي، مُركِّزاً على الاهتمام بالكيف والنوع وليس كما ذكرنا بالكم. ذلك لتكون هذه الجامعة منارة سامقة للعلم والحضارة ومنهلاً للمعرفة والثقافة وتكون لها الصدارة و القيادة دائماً لمن يأتي من بعدها.

ولم تقف الجامعة عند هذا الحد، بل أخذت على عاتقها المسؤولية الكبرى، وهي الآن في طور طرح برامج للدراسات العليا وإصرارها على ذلك لتكون حقيقة هي جامعة الريادة والإبداع.

أ.د. جاسم علي سالم الشامسي

رئيس التحرير



البحوث والدراسات

أثر الأمراض النفسية والعقلية
على المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية

إعـــداد

الأستاذ الدكتور / محمد نعيم ياسين *

* أستاذ بكلية الشريعة – الجامعة الأردنية .



ملخص البحث

تعتبر المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية أثر مترتب على التكليف في حالة عدم الإمتثال . وشروطها هي شروط التكليف نفسه . وتعمد هذه الدراسة إلى توضيح مفهوم الأمراض العقلية والنفسية وبيان أنواعها ، ومفهوم المسؤولية الجنائية وسببها وشروطها وذلك من خلال مبحثين الأول في العقل وبيان حقيقته والحد المعتبر منه في المسؤولية الجنائية ومعياره عند علماء المسلمين وتطبيق ذلك المعيار على الأمراض العقلية والنفسية لتحديد أثرها في المسؤولية الجنائية مع بيان وجه الحاجة إلى معطيات الطب العقلي والنفسي لمعرفة الحالة العقلية للإنسان . كما توضح الدراسة أيضاً مدى الإعفاء من المسؤولية الجنائية في الإعاقة العقلية إذا كانت موجودة عند ارتكاب الجناية ، وأثرها على المسؤولية إذا وقعت بعد الجناية .

أما المبحث الثاني فقد خُصص للإرادة باعتبارها الشرط الآخر لتلك المسؤولية مبيناً معناها وعوارضها ، وأبرز الأمراض النفسية المؤثرة عليها ، وتطبيقها على مايذكره أهل الاختصاص من الأمراض العقلية والنفسية ، لتحديد مايعتبر منها مانعاً من المسؤولية الجنائية ومالايعتبر ، مع الإشارة إلى بعض المعايير القانونية وصولاً في النهاية إلى رأي الشرع في أثر الأمراض النفسية والعقلية على المسؤولية الجنائية .

المقدمة:

خير الأمم على وجه الأرض أمة اهتدت إلى مسالك العدل، فالتزمت به في شئونها كلها. ولا شك في أن أولى الأمم بالاجتهاد في صعود مدارج السالكين إلى العدل هي أمة رضيت أن تكون منقادة لله تعالى الذي أمر بالعدل، وحرم الظلم على نفسه وعلى عباده، وجعله ظلمات على الظالمين في الدنيا والآخرة.

فإقامة العدل في الأرض وظيفة ربانية وسياسة إسلامية يجب على أمة الإسلام أن تبذل أقصى الجهود للوصول فيها إلى أكمل الصور التي يمكن أن تكون عليها في عالم الإنسان.

ومن أولى المجالات التي ينبغي أن يبحث فيها عن مسالك العدل مجال التجريم والعقاب والمؤاخذة على الأقوال والأعمال وتحمل تبعاتها.

ومن بدهيات العدل في هذا المجال أن لا يفلت من العقاب معتد أثيم، وأن لا يعاقب بريء ولا معذور، وأن يكون العقاب ملائماً للخرق الذي يحدثه المعتدي في نظام المجتمع، فلا يظلم ولا يتهاون معه؛ فإن مظلة العدل في الإسلام تسع الناس كلهم مظلومين كانوا أو ظالمين.

والمشكلة التي يعالجها هذا البحث تندرج في هذا السياق؛ وذلك أن الذين يتسببون بالأذى لغيرهم ليسوا سواء في أحوالهم ولا في قدراتهم عقلية كانت أو نفسية أو جسدية، وليس من العدل مؤاخذتهم على السواء في تصرفاتهم. ولقد وجدنا صاحب الشرع يؤاخذ أناساً، ويرفع القلم عن آخرين، ووجدنا علماء الفقه الإسلامي وأصوله يلتزمون شرطاً في جميع التكليفات الشرعية، ولا يغفلون عنه، وهو اشتراط قدرة الإنسان على الامتثال لما يخاطب به من الأوامر والنواهي. ثم

يفصلون القول في هذه القدرة ويجعلونها نوعين : القدرة على فهم الخطاب أو التكليف ، والقدرة على اختيار موضوع ذلك التكليف ، سواء أكان فعلاً أم كفاً عن فعل ؛ حتى غدت صورة ذلك الشرط في كل تكليف أن يكون الإنسان بالغاً عاقلاً مختاراً ، وترتب على ذلك مسلمة شرعية وهي أن لا يسأل عن فعله إلا من توفر فيه ذلك الشرط .

ومع أن ذلك الشرط من حيث تقريره في المنطق والشرع لا يحتاج إلى عناء كبير ، ولكن التحقق منه في الواقع عند الحاجة إلى معرفة مدى مسئولية الإنسان عن تصرفاته أمر في غاية الصعوبة ، حيث تثور أسئلة عن العاقل من هو؟ وعن المختار كذلك ، وما معايير العقل والإرادة؟ وما الحد الأدنى الذي يلزم توفره في الإنسان من كل منهما حتى يعتبر مسؤولاً؟ وما العوارض التي تعرض له فتنحط بقدراته عن ذلك الحد؟

إن الوصول إلى المنزلة المطلوبة شرعاً من العدل في هذا الأمر يقتضي بلا شك العثور على أجوبة لهذه الأسئلة تكون مقاربة للحقيقة ، ومستندة إلى أصول شرعية وعقلية وعلمية وقابلة للتطبيق في الواقع .

والوضع المثالي للعدل في مؤاخذة الناس على أعمالهم وأقوالهم إنما يتحقق عندما تكون تلك الأجوبة مطابقة للواقع والحقيقة تمام المطابقة . وهذه منزلة لا يصل إليها سوى العليم الخبير الذي لا يعزب عن علمه مثقال ذرة في الأرض ولا في السماء ، ولكن خير الأوضاع في هذه الدنيا هو أكثرها مقاربة وتسديداً ، وإنما يقع ذلك بالاجتهاد ومراعاة الأسس السليمة في البحث ، بحيث تقل الأخطاء في التقدير والحكم إلى أدنى مستوى .

ومن جهة أخرى فإن مجال البحث في النفس الإنسانية وما يعتريها من الآفات توسع كثيراً في العصر الحديث، وخاض فيه الخائضون من علماء النفس والطب النفسي وغيرهم، وأخرجوا كماً هائلاً من الاجتهادات والنظريات والفرضيات حول أمراض العقول والنفوس التي يزعم أنها تؤثر على عقل الإنسان وإرادته. وأنها ينبغي أن يحسب حسابها عند تقدير مدى مسؤوليته عن الجرائم التي يرتكبها. وغالى بعضهم في ذلك؛ حتى زعم أنه ما من مجرم إلا وهو مريض في نفسه أو عقله، وأنه ما من جريمة إلا ويكون وراءها مرض عقلي أو نفسي أو ضغوط وانفعالات نفسية لا تقاوم، وأن صلاح هذه الفئة من الناس إنما هو في معالجتها، وليس في عقابها.

ومع أن معظم علماء النفس والقانون والقضاء لا يؤيدون هذا التعميم، لكن فريقاً منهم رأوا التوسع في الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية الجنائية بسبب الأمراض العقلية والنفسية، بينما تمسك آخرون بأن الذي يؤثر على المسؤولية الجنائية هو المرض الذي تذهب معه القوى العقلية أو تصبح في حالة ضعف شديد.[1]

ولا مراء في أن أولئك العلماء المختصين بعلل النفس والعقل قد بذلوا جهوداً كبيرة في توصيف تلك الأمراض وأعراضها، وفي محاولة البحث عن أسبابها. لكن غرضهم كان الوصول إلى طرق ناجعة لعلاجها، ولم يكن همهم البحث عن أثر تلك الأمراض على المسؤولية الجنائية لأصحابها عندما يرتكبون الجرائم. بيد أن هذا الأمر ينبغي أن يكون هدفاً لعلماء الفقه والتشريع والقضاء. وفي تصوري أن منطلقهم يجب أن يكون من تحديد الشروط العادلة لقيام المسؤولية الجنائية، ثم وضع المعايير

---

(١) أبو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي- الجريمة ص ٤٠٦ وما بعدها. أكرم نشأت ابراهيم- بحث (أثر العلل النفسية في المسئولية الجنائية) من كتاب (حكم المريض نفسياً أو عقلياً في التطبيق الجنائي الإسلامي)، ص ١٤.

التي يعرف بها تحقق تلك الشروط ، ثم الاستفادة من معطيات أهل الاختصاص حول تلك الأمراض وأعراضها ، باستعمال تلك المعايير في وزن تلك المعطيات ؛ لتكون النتيجة معرفة مدى المسؤولية الجنائية لكل مصاب بمرض من تلك الأمراض أو عرض من تلك الأعراض . ولا ينبغي ربط المسؤولية الجنائية بالأوصاف المرضية وجوداً وعدماً حتى يعرف مدى تأثير المرض على تحقق شروط المسؤولية أو بعضها ؛ فهذه هي مشكلة البحث ، وليست هي في وجود المرض أو العرض بحسب توصيف أهل الاختصاص ، إذ ليس كل مرض يؤثر على المسؤولية ، ولا كل مريض يجب إعفاؤه منها أو تخفيفها عليه .

وهذا هو المنهج الذي سنسير عليه في هذا البحث ؛ حيث نجعل له مدخلاً ذا مطلبين : الأول في الأمراض العقلية والنفسية من حيث المفهوم والأنواع ، والثاني في المسؤولية الجنائية من حيث مفهومها وسببها وشروطها . ثم نقسمه إلى مبحثين :

المبحث الأول: في العقل باعتباره أحد شرطي المسؤولية الجنائية ؛ ونبين فيه حقيقة العقل والحد المعتبر منه في المسؤولية الجنائية ومعياره عند العلماء المسلمين . ثم نصير إلى تطبيق ذلك المعيار على الأمراض العقلية والنفسية ؛ وذلك لتحديد أثرها في المسؤولية الجنائية . وفي خلال ذلك نبين وجه الحاجة إلى معطيات الطب العقلي والنفسي لمعرفة الحالة العقلية للإنسان .

وفي هذا المبحث نبين أيضاً مدى الإعفاء من المسؤولية الجنائية في الإعاقة العقلية إذا كانت موجودة عند ارتكاب الجناية ، وأثرها على المسؤولية اذا وقعت بعد الجناية .

المبحث الثاني: في الإرادة باعتبارها الشرط الآخر للمسئولية الجنائية؛ ونبين فيه معنى الإرادة لغة واصطلاحا، وعوارضها، وأبرز الأمراض النفسية التي تؤثر عليها، وقاعدة الشريعة في تحديد الإرادة المعتبرة للمسئولية الجنائية، والرؤية الإسلامية التي تستند إليها تلك القاعدة. وتطبيقها على ما يذكره أهل الاختصاص من الأمراض العقلية والنفسية؛ لتحديد ما يعتبر من تلك الأمراض مانعاً من المسؤولية الجنائية وما لا يعتبر. ونشير أثناء ذلك إلى بعض المعايير القانونية في هذا المجال، ونناقشها في ضوء الواقع ومعايير العلماء المسلمين؛ لنصل في النهاية إلى رأي الشرع أو اتجاهه في أثر الأمراض العقلية والنفسية على المسؤولية الجنائية.

ثم نختم البحث بعرض أهم نتائجه.

المدخل
مفهوم الأمراض العقلية والنفسية وأنواعها - مفهوم المسؤولية الجنائية وسببها وشروطها

المطلب الأول
مفهوم الأمراض العقلية والنفسية وأنواعها

يذكر مصطلح الأمراض العقلية والنفسية في أكثر كتب أهل الاختصاص (في علم النفس والطب النفسي والعقلي).

ويشير العطف فيه إلى وجود نوعين من الأمراض غير العضوية التي قد يتعرض الإنسان للإصابة بها، وهما: الأمراض العقلية والأمراض النفسية. وأكثر المؤلفين في تلك التخصصات يميزون بينهما، ومع أنهم يرون وجود تداخل كبير بينهما في الأعراض والأسباب وأساليب العلاج، إلا أنهم يذكرون فروقاً أساسية بينهما، ويرون أن الأمراض العقلية يمكن اعتبارها أنواعاً خطيرة من الأمراض النفسية.[1]

ويطلق بعض المؤلفين عليها اسم الاختلالات العقلية والنفسية ناظراً إلى الشذوذ الذي يظهر على سلوك أصحابها[2] وأحدث اتجاه يرى أن يطلق عليها اسم اضطرابات أو استجابات، وبخاصة النفسية منها، وذلك تجنباً للآثار النفسية السلبية لكلمة مرض[3]. ولأن هذه الكلمة توحي بوحدة كيان الخلل النفسي الذي يصاب به الإنسان من حيث الأعراض والعوامل المسببة والمسار والخاتمة، مع أن هذه الوحدة

---

(١) قتيبة الجلبي - الطب النفسي والقضاء في أسس الطب النفسي الشرعي، ص ٥١.

(٢) ريتشارد م. سوين- علم الأمراض النفسية والعقلية، ص ٧٤-٧٨.

(٣) محمد عودة وكمال مرسي- الصحة النفسية في ضوء علم النفس والإسلام، ص ١٧٤.

في كيان الأمراض العقلية والنفسية ما زالت محل نقاش شديد .[1]

لكن مصطلح الأمراض العقلية والنفسية هو الشائع ، ولا ضير فيه من الناحية اللغوية ؛ حيث عرف أهل اللغة المرض بأنه حالة خارجة عن الطبع ضارة بالفعل ، وقال ابن فارس : المرض ما خرج به الإنسان عن حد الصحة من علة أو نفاق أو تقصير في أمر .[2]

وسوف نلتزم في البحث بهذا الإطلاق الشائع الذي لم يستغن عنه معظم المؤلفين في هذا الموضوع ، وذكروه في مصنفاتهم ، إن لم يكن في العناوين المختارة ففي التفصيلات وبيان الأعراض والأسباب والعلاج .

تعريف الأمراض العقلية:

تسمى هذه الأمراض عند أهل الاختصاص بعدة أسماء منها الذهان والاضطرابات والاختلالات العقلية أو الذهانية . ويصفونها بأنها أخطر ما يصيب الإنسان في الوظائف الشخصية والاجتماعية ، وأنها تقابل في خطورتها الأمراض الجسمية الكبرى كالسرطان ؛ لأنها تؤدي بالمريض إلى العجز الخطير والانهيار النهائي لشخصيته بسبب تفكك عميق فيها ، واختلال شديد في قواها العقلية ؛ حتى تفقد صلتها بعالم الواقع ، وينحط صاحبها في كافة المجالات .[3]

---

(١) ريتشارد م . سوين- علم الأمراض النفسية والعقلية ، ص٧٤ . محمد عودة وكمال مرسي- الصحة النفسية ، ص ١٧٤-١٧٥ . كمال دسوقي- الطب العقلي والنفسي ، ص٤٥ .

(٢) المصباح المنير .

(٣) شيلدون كاشدان- علم النفس الشواذ ، ص ٩٢ . محمد عودة وكمال مرسي- الصحة النفسية ، ص٢١٧ . ريتشارد م . سوين- علم الأمراض النفسية والعقلية ، ص ٥٦٧ . محمد شحاته ربيع وزميلاه- علم النفس الجنائي ، ص ٤٠٢ .

وعرف المرض العقلي بأنه اضطراب عقلي أو اختلال في الشخصية بدرجة بالغة، يؤدي إلى سلوك غير سوي ولا واقعي مما يؤدي إلى سوء التوافق الاجتماعي مع خطورة في الغالب تقتضي رعاية المريض في المستشفيات العقلية .[1]

وأكثر التعريفات تحديداً للمرض العقلي تعريف أحدهم له بقوله (إنه اضطراب شديد في التفكير أو المزاج أو الإدراك أو الذاكرة أو المعرفة، وهذا الاضطراب يجب أن يسبب خللاً في أي من الوظائف الأربع التالية : ١- الحكمة في التقدير ٢-السلوك الإنساني ٣- القدرة على تمييز الواقع ٤- مواجهة متطلبات الحياة العادية، ويرى صاحب هذا التعريف أن المرض العقلي لا يكون موجوداً إلا إذا كان الشخص حاملاً لواحد أو اكثر من أنواع الاضطراب المذكورة في الشق الأول من التعريف، بالإضافة إلى واحد أو أكثر من أنواع الخلل المشار إليه في الشق الثاني من التعريف .[2]

ويكاد المختصون يتفقون على أن للمرض العقلي أعراضاً أساسية يظهر معظمها أو أكثرها في المصاب به، وهي : اضطرابات مختلفة الدرجات في التفكير والإدراك الحسي واللغة وأساليب التعبير والسلوك والانفعال، وينشأ عنها عدم التوافق الاجتماعي وسلوك يجر الأذى على المصاب وعلى الآخرين، وهذاءات تتضمن معتقدات لا أساس لها في الواقع يتشبث بها المريض ولا يتراجع عنها، وهلاوس سمعية أو بصرية أو لمسية مضمونها إدراكات حسية لا يقابلها أي مثير خارجي، والانفكاك من الواقع وفقدان الصلة به، وفقد القدرة على تحديد الزمان والمكان

(١) حلمي المليجي- علم النفس الاكلينيكي، ص ١٠١ .

(٢) قتيبة سالم الجلبي- الطب النفسي والقضاء، ص ٥١ .

ومعرفة الناس والأصدقاء، وتأرجح الانفعالات وتغيرها وعدم تلاؤمها مع المواقف . ويقترن ذلك كله أو بعضه بعدم شعور المريض بحالته البائسة ورفض العلاج . [1]

ومع أن الأمراض العقلية تشترك فيما تقدم من الأعراض الأساسية أو في أكثرها ويجمعها وصف اضطراب الوظائف العقلية، إلا أن أهل الاختصاص يميزون بين طائفتين من الأمراض العقلية بحسب منشئهما هما: طائفة الأمراض العقلية العضوية (الذهان العضوي)؛ وطائفة الأمراض العقلية الوظيفية، حيث ترجع الطائفة الأولى إلى اختلالات عضوية كتلف في المخ أو في أجزاء أخرى من الجهاز العصبي، أو في التنفس أو في القلب أو في الغدد أو في غيرها . وأما الأمراض العقلية الوظيفية فهي كل الاضطرابات العقلية التي لا يعرف لها أي سبب عضوي، وهي أكثر من الطائفة الأولى .

وكل طائفة من الطائفتين السابقتين تتنوع إلى مجموعات وفصائل وتشتمل على عدد من الأمراض . [2]

تعريف الأمراض النفسية:

وتسمى أيضا بالاضطرابات النفسية والعصاب النفسي والاضطرابات العصابية

---

(١) ريتشارد م . سوين- علم الأمراض النفسية والعقلية، ص ٥٦٧ وما بعدها . محمد شحاته ربيع وزميلاه- علم النفس الجنائي، ص٤٠٢ . أحمد عكاشة- الطب النفسي المعاصر، ص ١٤٢-١٤٣ . محمد عودة وكمال مرسي- الصحة النفسية، ص٢١٨-٢١٩ . شيلدون كاشدان- علم نفس الشواذ، ص ٩٢-٩٤ . عبد الستار إبراهيم- علم النفس الاكلينكي، ص ٤٩ .

(٢) كمال دسوقي- الطب العقلي والنفسي (الكتاب الأول- علم الأمراض النفسية- التصنيفات والأعراض المرضية) ص ٢٥ وما بعدها . أحمد عكاشة - الطب النفسي المعاصر، ص ١٤٢ . محمد شحاتة ربيع وزميلاه- علم النفس الجنائي، ص ٤٠٢ وما بعدها . ريتشارد م . سوين - علم الأمراض النفسية والعقلية، ص٥٢٥ و ص٥٧٠ . سعد جلال- أسس علم النفس الجنائي، ص١٧١ وما بعدها .

النفسية والاختلالات العصابية، وقد عرفت بأنها اضطرابات انفعالية وظيفية (ليس لها أسباب عضوية جسمانية واضحة) تشير إلى سوء التوافق مع النفس أو الجسد أو البيئة، ويعبر عنها بدرجات عالية غير طبيعية من الأعراض المتبعة، أهمها القلق والتوتر والإحساس باليأس والتعاسة والآلام الجسمانية التي لا يوجد لها سبب عضوي، والأفكار والأفعال القهرية وغير ذلك.

ويتفق أهل الاختصاص على أن هذه الأمراض تختلف عن الأمراض العقلية في انها أقل خطرا، وأنها لا ينعدم معها الاتصال بالواقع ولا التوافق الاجتماعي ولا البصر بالذات، بل يظل معها المريض متصلا بالحياة الواقعية، وعلى قدر من المعرفة بحالته المضطربة، ومحتفظاً بسلامة إدراكه، وقادراً على القيام بواجباته بشكل عام، وعلى التمييز بين الواقع والخيال.[1]

والآفات العقلية والنفسية التي تصيب الإنسان كثيرة ومتنوعة ومتداخلة في أسبابها وآثارها وكيفيات علاجها. ولذلك يرى كثير من العلماء والباحثين في هذا المجال أن محاولة تصنيف الأمراض العقلية والنفسية الوظيفية (التي لا يعرف لها سبب عضوي) لا تقوم على أساس علمي متين، وأن التقسيمات والأسماء المختلفة لهذه الأمراض إنما وضعت على وجه المقاربة لتسهيل الدراسة والبحث، وأنه لم يتم الوصول بعد إلى خطة تصنيف مرضية للمشتغلين في هذا المجال، بل إن احدهم يرى أن الأعراض الخالصة التي تصدق على مرض معين بالذات لا توجد إلا في الكتب

---

(١) ريتشارد م. سوين- علم الأمراض النفسية والعقلية، ص ٣٥٣. أحمد عكاشة- الطب النفسي المعاصر، ص٢٠. سعد جلال- أسس علم النفس الجنائي، ص ١٥٨. محمد عودة وكمال مرسي- الصحة النفسية، ص١٧٤. عبد الستار ابراهيم- علم النفس الاكلينيكي، ص٤٢. محمد شحاتة ربيع وزميلاه- علم النفس الجنائي، ص ٣٩٥.

العلمية . [1]

وبالرغم من ذلك فإن علماء الأمراض النفسية والعقلية يكادون يتفقون على ضرورة تصنيف هذه الأمراض وفق أعراضها التي تعد أمارات عليها، ولو بصورة تقريبية . ولأن الأعراض العامة لهذه الأمراض غالباً ما تظهر في مجموعات متلازمة، وإن تخلفت عنها بعض الأعراض أحياناً . ولذلك وضعوا لكل مجموعة اسماً خاصاً بها، ورأوا أن هذا امر ضروري لتحديد الأنماط المختلفة من الاضطرابات، وأنه يساعد على البحث النظري والعملي لمعرفة الأسباب وتوقع التطورات وتنظيم العلاج . [2]

وإذا كانت هذه هي الحال التي وصلت إليها جهود أهل الاختصاص في مجال تصنيف هذه الأمراض، فإن هذا الأمر ينعكس بالضرورة على منهج الباحث حول أثرها في تحديد المسؤولية الجنائية للمصابين بها، سواء في مجال النظر العلمي المجرد أم في مجال التطبيق القضائي ؛ وذلك بأن يبتعد عن الربط بين ذلك المدى وبين أسماء محددة من تلك الأمراض، وأن يجعل الربط مع الأعراض التي تثبت ملازمتها للمصاب . وفيما عدا طائفة من الأمراض العقلية التي صار عرض معين ملازما لها ولا ينفك عنها فإنه لا يصح أن يقال برفع المسؤولية الجنائية أو تخفيفها عن مرض بعينه، وإنما عن أعراض معينة لها تأثير واضح في أحد شروط المسؤولية الجنائية التي سيأتي ذكرها فيما بعد .

---

(١) سعد جلال- أسس علم النفس الجنائي، ص١٧١ . إ. م كولز- المدخل إلى علم النفس المرضي الاكلينكي، ص١٠٠ . سعد جلال- في الصحة العقلية- الأمراض النفسية والعقلية والانحرافات السلوكية، ص١٢٨ وص١٥١ . ريتشارد م. سوين - علم الأمراض النفسية والعقلية، ص٧٤.

(٢) ريتشارد م. سوين- علم الأمراض النفسية والعقلية، ص٧٤ . سعد جلال- في الصحة العقلية- الأمراض النفسية والعقلية والانحرافات السلوكية، ص١٥٢ .

المطلب الثاني

تعريف المسؤولية الجنائية وسببها وشروطها

تعريف المسؤولية الجنائية:

المسؤولية الجنائية مصطلح قانوني، ولم يستعملها العلماء المسلمون في مصنفاتهم، وهي مصدر صناعي من (مسؤول) وهو المطلوب [١]، فهي وضع للانسان يكون فيه مطلوبا. والجنائية مؤنث المنسوب إلى جناية وهي الذنب؛ [٢] فحاصل المعنى اللغوي للمسئولية الجنائية وضع يكون فيه الإنسان مطلوباً بذنوبه أي مؤاخذاً عليها.

وفي الاصطلاح الشرعي عرفها بعض علماء العصر بأنها (أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختاراً وهو مدرك لمعانيها ونتائجها) [٣] وأطلق عليها بعضهم تحمل الإنسان تبعة أعماله. [٤] ولا شك في أنه يقصد تحمله تبعة أعماله الجنائية؛ إذ البحث في المسؤولية الجنائية على التخصيص، وبدون القيد المذكور ينطبق الاسم على جميع أنواع المسؤولية.

وورد في تعريف بعض الباحثين للمسئولية الجنائية أنها فرع من المسؤولية بوجه عام، وأن المسؤولية هي أهلية الشخص لأن ينسب فعله إليه ويحاسب عليه [٥]؛ وكأنه

---

(١) الفيومي- المصباح المنير.

(٢) نفسه.

(٣) عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي - ج١ ص ٣٩٢.

(٤) أبو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي- المجلد الأول- الجريمة، ص ٣٩٢.

(٥) محمد كمال الدين إمام - المسئولية الجنائية - أساسها وتطورها، ص ٢٩١.

يقصد بها أهلية الشخص لأن يحاسب على أفعاله العدوانية .

والذي يظهر من البحوث الفقهية والقانونية أن المسؤولية الجنائية ليست نوعاً من أنواع الأهلية ، وإنما الأهلية شرط من شروطها ؛ لأن حقيقة الأهلية صلاحية الشخص للالزام والالتزام [1] والمسؤولية ليست هي الصلاحية ، بدليل أن سببها كما هو مقرر في الشريعة والقانون هو ارتكاب جريمة أو جناية ، أو ارتكاب معصية بإتيان محرم أو ترك واجب [2] ولا شك في أن هذا ليس سبب الأهلية ، وإنما سببها إنسانية الإنسان فيما يتعلق بأهليته لوجوب الحقوق له وعليه ، وكمال عقله فيما يتعلق بصحة تصرفاته ومؤاخذته عليها ؛ يشير إلى هذا قول النسفي (إلزام الأداء قبل كمال العقل فيه حرج بين ، وهو منفي بالنص ، وبقوله عليه السلام «رفع القلم عن ثلاث» والمراد بالقلم الحساب ، والحساب إنما يكون بعد لزوم الأداء ؛ فدل على أن ذلك لا يثبت إلا بالأهلية الكاملة) [3] فالقلم هو الحساب ، والحساب هو المسؤولية إذا نظر إليه من جهة المحاسب (بفتح السين) ؛ وسببه كون الإنسان ملزماً بالفعل أو الكف ؛ وهو ما عبر عنه بلزوم الأداء ، ولزوم الأداء لا يكون إلا بأهلية مبناها على كمال العقل والقدرة ؛ فدل ذلك على أن المسؤولية الجنائية ليست هي الأهلية ، ولكن الأهلية شرطها ، والمعصية سببها . [4]

والذي يظهر أن المسؤولية الجنائية وضع يرتبه الشارع على الإنسان الذي يرتكب أفعالاً شرع لها عقوبات وجزاءات ، وحقيقة هذا الوضع كون المذنب بذنب مطالباً

(١) أبو زهرة – أصول الفقه ، ص٣٢٩ .

(٢) عبد القادر عودة – التشريع الجنائي الإسلامي ، ج١ ص ٤٠٢ .

(٣) حافظ الدين النسفي – كشف الاسرار شرح المصنف على المنار ، ج٢ ص ٤٦٧ .

(٤) علي الشرفي – الباعث وأثره في المسئولية الجنائية ، ص ١٣ .

بالعقوبات والجزاءات التي رتبها الشارع على ارتكاب ذلك الذنب؛ وهكذا يمكن تعريف المسؤولية الجنائية في الشريعة بأنها (كون الشخص الذي يرتكب محظوراً شرعياً مطالباً بالجزاء الذي رتبه الشارع على ارتكاب ذلك المحظور).

فالمسؤولية الجنائية ليست هي العقوبة أو الجزاء، ولكنها وصف يعرض للشخص يستوجب انزال العقاب عليه؛ وينشأ هذا الوصف في الشخص بارتكاب الجناية بشروط محددة، وينتهي باستيفاء الجزاء منه.

سبب المسؤولية الجنائية:

وإذا كانت المسؤولية الجنائية وضعاً يكون فيه الإنسان مطالباً بالعقوبة، فإن من البدهي أن لا تنشأ إلا على أثر جناية ارتكبها ذلك الإنسان، اذ الأصل براءة الذمم من الديون والعقوبات وكافة الالتزامات.[1] ولا تنشغل بعد ذلك إلا بسبب، وانشغالها بالعقوبات لا يتصور إلا بارتكابها أفعالاً جعلها الشارع أسباباً لاستحقاق تلك العقوبات؛ فالجنايات إذن هي أسباب المسؤولية الجنائية بمختلف صورها.

والجناية في الشريعة كالجريمة وهي (محظور شرعي زجر الشارع عنه بحد أو تعزير)[2] فيدخل فيها ارتكاب المعاصي بمختلف أنواعها، سواء أكانت إتيان محرم أم ترك واجب.

شروط المسؤولية الجنائية:

الأسباب في الشريعة لا توصل إلى مسبباتها إلا اذا توفرت الشروط، وانتفت

---

(١) أحمد الزرقا- شرح القواعد الفقهية، ص١٠٥.

(٢) الماوردي - الأحكام السلطانية، ص٢٥٧. أبو زهرة- الجريمة والعقوبة- المجلد الأول، ص٢٤، ٢٥.

الموانع، وإذا كان سبب المسؤولية الجنائية هو ارتكاب المحظور الشرعي، وهذا تصرف من تصرفات الإنسان، فإنه يخضع في إعتباره لشرط الأهلية، وبالتحديد أهلية الأداء؛ إذ هي شرط في أي تصرف لتترتب عليه آثاره الشرعية، وقد عرفت بأنها صلاحية الإنسان لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعاً.[1]

وهذا النوع من الأهلية مرهون في وجوده بتوفر نوعين من القدرات في الإنسان هما: القدرة على فهم الخطاب الشرعي، وذلك باكتمال العقل.[2] والقدرة على تنفيذ مضمون ذلك الخطاب[3]؛ ويكون ذلك بتمكن الإنسان من اختيار الفعل المأمور به أو الكف عن الفعل المنهي عنه، وتنفيذ ذلك في الواقع.

فإذا كان فعل الإنسان لا يعتبر في الشرع صحيحاً ومنتجاً لآثاره الا بتوفر هذين الشرطين، وكانت المسؤولية الجنائية كون الشخص مطالباً بالعقاب على أفعاله، فالنتيجة المنطقية لهذه المعادلة أن الإنسان لا يكون مسؤولاً عن تصرفاته إلا إذا توفر فيه هذان الشرطان؛ لأنه إذا تخلف أحدهما لم تكن تلك التصرفات منتجة لآثارها الشرعية، والمسؤولية أثر لسبب هو فعل الجريمة، وهذا الفعل لا يكون منتجاً لآثاره شرعاً الا بتحقق الشرطين السابقين.

---

(١) التفتازاني- التلويح شرح التوضيح، ج٢ ص ١٦١.

(٢) الآمدي - الاحكام في أصول الأحكام، ج١ ص ١١٥. أمير بادشاه- تيسير التحرير، ج٢ ص٢٤.

(٣) التفتازاني- التلويح ج٢ ص ١٦٤. حافظ الدين النسفي - كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، ج٢ ص ٤٦٦. ابن أمير الحاج- التقرير والتحبير على التحرير لابن الهمام، ص ١٥٩، ١٦٤. أمير بادشاه- تيسير التحرير، ج٢ ص ١٣٧، ٢٤٥، ٢٤٧، ٢٥٣.

والأصل في اشتراط القدرة الشاملة لما ذكر قول الله تعالى ﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾[1] ففيها إخبار من الله تعالى أنه لا يقع تكليف على غير قادر، وهذا يقتضي أن لا تقع عليه مسئولية دنيوية ولا أخروية.

وبناء على ما تقدم يكون العقل والإرادة شرطين للمسؤولية الجنائية؛ إذ لا قدرة مع غياب أحدهما. وسنتناول كل واحد منهما في مبحث مستقل ونضمن المبحث الأول بياناً لمفهوم العقل عند علماء المسلمين ومعياره، وتطبيق ذلك المعيار على الأمراض العقلية والنفسية. وتضمن المبحث الثاني مفهوم الإرادة ومدى تأثرها بتلك الأمراض ومدى تأثر المسؤولية بها.

المبحث الأول
العقـل

حقيقة العقل:

أصل معنى العقل في اللغة المنع؛ حيث يمنع النفس من فعل ما تهواه، مأخوذ من عقال الناقة المانع لها من السير حيث شاءت[2]، وهو أصل لكل علم حتى سماه بعضهم أم العلم.[3]

وقد خاض في بيان حقيقته كثير من العلماء في عدة أصناف من التخصصات؛ فتكلم فيه الفلاسفة الذين من شأنهم الكلام في الموجودات كلها ومعرفة حقائقها، والعقل موجود. وتكلم فيه الأطباء الذين من شأنهم الخوض فيما يصلح الأبدان،

(١) البقرة - ٢٨٦.

(٢) الفيومي - المصباح المنير- القاضي عبد الجبار- المغني في أبواب التوحيد والعدل، ج١١ ص ٣٨٦.

(٣) الزركشي- البحر المحيط، ج١ ص ٨٤.

والعقل سلطان البدن . وتكلم فيه علماء الفقه والأصول، من حيث إنه مناط التكليف .[1]

ثم اختلفوا في ذلك بين قائل : هو جوهر قائم بنفسه، وقائل : هو عرض من أعراض النفس الإنسانية . والقول الأول هو مذهب الفلاسفة من غير المسلمين، وتأثر بهم فريق من فلاسفة المسلمين وقليل من علماء الكلام وعلماء الأصول . والقول الثاني ذهب إليه أغلب علماء الإسلام . والذين ذهبوا إلى أنه عرض اختلفوا أيضاً في حقيقته؛ فذهب فريق منهم إلى أنه نوع من العلوم، ورأى فريق آخر أنه شيء آخر غير العلم . وبناء على هذا الاختلاف في تحديد ماهية العقل اختلفت عبارات العلماء في تعريفه :

فعرفه من رأى أنه جوهر بقوله : (العقل جوهر لطيف يفصل بين حقائق المعلومات)، أو بقوله : (هو جوهر يدرك به الغائبات بالوسائط والمحسوسات بالمشاهدة) . وألحق بعضهم بهذا الاتجاه ما روي عن الشافعي أنه عرف العقل بقوله : (هو آلة خلقها الله لعبادة ليميزوا بها بين الأشياء وأضدادها)؛ وذلك على اعتبار المعنى الحقيقي للآلة . ولكن فريقاً من العلماء منعوا أن يكون مقصود الشافعي هذا المعنى، ورأوا أن مراده من الآلة (ما يقع به التميز)؛ ولا يستلزم ذلك أن يكون جوهراً .

وذهب فريق من المتكلمين وعلماء الأصول إلى أن العقل عرض، وأنه نوع خاص من العلوم الضرورية؛ وهي ما يحصل في نفس الإنسان من العلوم بإحداث الله تعالى وتخليقه من غير أن يكون للإنسان أي كسب فيها؛ فعرفه بعض هؤلاء بأنه

---

(١) نفسه .

(العلوم الضرورية التي لا خلو لنفس الإنسان عنها بعد كمال آلة الإدراك وعدم أضدادها، ولا يشاركه فيها شيء من الحيوانات). وعرفه آخرون منهم تعريفاً حدد فيه العلوم الضرورية المكونة للعقل، فقال: (هو العلم بوجوب الواجبات واستحالة المستحيلات وجواز الجائزات).

وذهب طوائف من علماء الأصول والمتكلمين إلى أن العقل يختلف عن العلم، وأنه هيئة في الإنسان تمكنه من استقبال العلوم واكتسابها؛ ومن هذا المنطلق عرفه بعضهم بأنه (قوة بها إدراك الكليات للنفس). وعرفه بعضهم بقوله: (هو قوة للنفس بها تستعد للعلوم والإدراكات). وعرفه آخرون منهم بأنه (صفة غريزة يلزمها العلم بالضروريات عند سلامة الآلات). ويرجع إلى هذا الاتجاه ما نقل عن الحارث المحاسبي أن العقل (غريزة يتوصل بها إلى المعرفة)، ومثل هذا التعريف مروي عن الإمام أحمد. ومن ذلك أيضاً تعريف الغزالي له بقوله: (هو هيئة وغريزة في جوهر الإنسان ونفسه يتهيأ بها للانطباع بالمعقولات). [1]

هذا والقول بأن العقل قوة من قوى النفس البشرية هو ما رجحه شيخ الإسلام ابن تيمية، ورأى أن القول الأول الذي يعتبر العقل جوهراً قائماً بنفسه مفهوم دخيل

(١) التعريفات المذكورة أعلاه للعقل وأقوال العلماء في حقيقته ومناقشاتهم حول هذا الموضوع يمكن الرجوع إليها في المصادر الآتية: الزركشي- البحر المحيط ج١ ص ٨٤-٨٦. القاضي عبد الجبار- المغني ج١١ ص ٣٧٨. الكفوي- الكليات ج٣ ص ٢١٦-٢١٩ و ج٤ ص ٣١. صدر الشريعة والتفتازاني- التوضيح وشرحه التلويح ج٢ ص ١٦٥، ١٥٧. أمير بادشاه- تيسير التحرير ج٢ ص ٢٤٦، ٢٤٧. ابن أمير الحاج- التقرير والتحبير ج٢ ص١٦٢. الغزالي: المستصفى ج١ ص١٧، والمنخول ص ٤٥، والاحياء ج١ ص ١٤٦. ابن عقيل- الواضح ج١ ص ٢٢. أبو الخطاب الكلوذي- التمهيد ج١ ص ٤٣-٤٧. الجويني- التلخيص ج١ ص ١٠٩-١١٣، والارشاد له أيضا ص ١٦. التفتازاني- شرح المقاصد ج٢ ص ٣٣٢ وما بعدها. الرازي- المحصل ص ١٠٤. السمرقندي- ميزان الأصول ص ٨.

على المفاهيم الإسلامية، وأن مصدره آراء الفلاسفة غير المسلمين. وأفاض في مناقشته وإبطاله والرد على من تبناه من فلاسفة المسلمين، وجزم بأن العقل عرض وليس جوهراً، ورجح أنه قوة من قوى النفس كقوة السمع وقوة الإبصار، واستبعد القول بأنه نوع من العلوم الضرورية، وناقش حجج أصحابه وأجاب عليها بأدلة عقلية، واستدل للرأي الذي رجحه ببعض الآيات القرآنية التي يفهم منها تماثل السمع والإبصار والعقل من حيث الطبيعة وكونها جميعاً قوى من قوى الإنسان، وإن اختلفت وظائفها؛ مثل قوله تعالى: ﴿أفلم يسيروا في الأرض فتكون لهم قلوب يعقلون بها أو آذان يسمعون بها﴾[١]، وقوله تعالى: ﴿وقالوا لو كنا نسمع أو نعقل ما كنا في أصحاب السعير﴾[٢] ثم قال: (وهذا كثير، وهذا مثل لفظ السمع؛ فإنه في الأصل مصدر سمع يسمع سمعاً. وكذلك البصر فإنه مثل الإبصار. ثم يعبر بهذه الألفاظ عن القوى التي يحصل بها الإدراك؛ فيقال للقوة التي في العين بصر، والقوة التي يكون بها السمع سمع؛ وبهذين الوجهين يفسر المسلمون العقل).[٣]

وبالرغم من اختلاف العلماء في حقيقة العقل فإنهم لا يختلفون في أن حالته في الإنسان تتفاوت؛ وهذا يقتضي بيان الحد المعتبر منه في التكليف والمسؤولية.

الحد المعتبر من العقل في المسؤولية الجنائية ومعياره:

لم ترد النصوص الشرعية بالحد المعتبر من العقل في التكليف الذي تعتبر المسؤولية الجنائية من أبرز أنواعه، سوى ربطه بقدر معين من النضوج الجسماني،

---

(١) الحج / ٤٦.

(٢) الملك / ١٠.

(٣) ابن تيمية - بغية المرتاد، ص ٢٥١-٢٧٥.

وهو البلوغ، واشتراط عدم تعرض العقل بعد البلوغ لعوارض تفوته كليا أو جزئياً بصورة دائمة أو مؤقتة كالجنون والنوم والنسيان. ومع ذلك فإن العلماء المسلمين من الفقهاء والأصوليين والمتكلمين يكادون يتفقون على أن مستوى الادراك العقلي اللازم للتكليف والمسؤولية يظهر في الانسان بظهور نوع من الإدراكات أو العلوم عنده، وهو ما اصطلح الناس على تسميته بالعلوم البديهية، ويسميه أولئك العلماء بالعلوم الضرورية[1]، وهي نوع من العلوم اليقينية تنشأ عند الإنسان بالتدريج، ويبدأ ذلك منذ ولادته، وتعرضه لمحسوسات الوجود من حوله. وتظل تزداد إذا لم يعرض للعقل آفة، حتى يحوز الإنسان على قدر منها اعتبره الشارع أساساً كافياً للتمييز بين المعاني والأشياء والعلامات؛ وذلك عند بلوغه سن النضج الجنسي الذي يمكن معرفته وتدل عليه علامات ظاهرة[2] ولذلك ذهب الفقهاء إلى اشتراط البلوغ بالإضافة إلى العقل في اعتبار أي تصرف للإنسان يحتاج إلى التمييز؛ حتى جعلوه مع العقل مناط ما أسموه بأهلية الأداء التي هي صلاحية الانسان لصدور التصرفات عنه على وجه يعتد به شرعاً، أي صالحة لترتيب آثارها الشرعية عليها، من نقل حقوق

---

(١) التفتازاني- شرح المقاصد، ج٢ ص ٣٣٢ والتلويح، ج٢ ص ١٥٨. فخر الدين الرازي- محصل أفكار المتقدمين والمتأخرين من العلماء والحكماء والمتكلمين، ص١٠٤. إمام الحرمين الجويني- الإرشاد، ص١٥. أمير بادشاه - تيسير التحرير، ج٢ ص ٢٤٦. ابن أمير الحاج- التقرير والتحبير، ج٢ ص١٦٣. ابن عبد الهادي (ابن المبرد) - شرح غاية السول إلى علم الأصول، ص٩١، ٩٢. أبو الوفا علي بن عقيل- الواضح في أصول الفقه، ج١ ص ٢٢، وقال ابن عقيل عن العلم الضروري أنه نسبة الى الضرورة وأنه سمي بذلك لهجومه على النفس بغير استدعاء من المضطر إليه ولا اختيار لدخوله عليه، ويقابله العلم الكسبي وهو الاستدلال بالمحسوس على غير المحسوس- المرجع ذاته، ج١ ص١٩، ٢٠.

(٢) التفتازاني- التلويح، ج٢ ص ١٥٧، ١٥٨، ١٦٠. النسفي- كشف الأسرار على المنار، ج٢، ص٤٦٧. ابن أمير الحاج - التقرير والتحبير، ج٢ ص ١٦٤.

وإنشاء التزامات واستحقاق عقوبات[1] والحقيقة أن البلوغ لم يشترطه الشارع لذاته، ولا لأنه يؤثر بذاته في تصحيح تصرفات الإنسان، وإنما اعتبروه علامة لتكامل العقل عنده إذا لم تصبه عوارض تحول دون عمله؛ بمعنى أن البلوغ علامة على مرور وقت كاف لحصول إدراكات العقل البديهية التي تعتبر أساساً لاكتشاف المجهولات النظرية. ويقصد بحصول إدراكات العقل إشراقه بالتدريج على تلك العلوم الضرورية، بحيث تجدها النفس وتنطبع فيها كلما مر زمن وحدثت فيه حوادث ومحسوسات جزئية. وقد يحصل هذا قبل البلوغ ولا يتأخر عنه إلا لعارض، ولكن ضبطه قبل البلوغ متعذر لاختلاف الناس في ذلك؛ يقول التفتازاني في التلويح: (فيتعذر العلم بأن عقل كل شخص هل بلغ المرتبة التي هي مناط التكليف، فقدر الشارع تلك المرتبة بوقت البلوغ إقامة للسبب الظاهر مقام حكمه كما في السفر والمشقة؛ وذلك لحصول شرائط كمال العقل وأسبابه في ذلك الوقت بناء على تمام التجارب الحاصلة بالإحساسات الجزئية والإدراكات الضرورية وتكامل القوى الجسمانية التي هي مراكب للقوى العقلية؛ حيث بواسطتها تستفيد العلوم ابتداء وتصل إلى المقاصد، وبمعونتها يظهر آثار الإدراك. وهي مسخرة ومطيعة للقوة العقلية بإذن الله تعالى؛ فهي تأمرها بالأخذ والإعطاء واستيفاء اللذات والتحرك للإدراكات قدر ما ترى من المصلحة فتحصل الكمالات).[2]

هذا وقد جمع بعض العلماء العلوم الضرورية التي تعتبر في التكليف في ثلاثة هي: وجوب الواجبات (يعني الوجوب العقلي والواجبات العقلية)، وجواز

(١) التفتازاني- التلويح، ج٢ ص ١٦٤. ابن أمير الحاج - التقرير والتجبير، ج٢ ص ١٦٤.

(٢) التفتازاني- التلويح، ج٢ ص ١٦٠. ابن أمير الحاج - التقرير والتجبير، ج٢ ص ١٦٤. أمير بادشاه- تيسير التحرير، ج٢ ص ٢٤٨.

الجائزات، واستحالة المستحيلات[1]. وقال إمام الحرمين: (هي علوم باستحالة مستحيلات وجواز جائزات)[2]، فلم يدخل فيها وجوب واجبات؛ ولعله اختصار يؤدي إليها؛ لأن ما لم يعلم استحالته ولا جوازه علم وجوبه في العقل. ثم نكرها للدلالة على أن القدر المطلوب هو مجرد تحصيل الجنس وإن لم تستجمع جزئياته كلها. وقد مثل لها بعضهم باستحالة اجتماع الضدين، والعلم بمجاري العادات المدركات بالضرورة، كموجب الأخبار المتواترة الصادرة عن المشاهدات، وكالعلم بأن كل معلوم يجب أن يكون اما موجوداً وإما معدوماً ونحو ذلك[3]. وخير معيار لها ما ذكره صاحب التلويح على التوضيح، وهو أن يصبح العقل قادراً على إدراك الغائب من الشاهد، أي إدراك المعاني والاوصاف والأحكام الغائبة من المحسوسات الجزئية الحاضرة، فيدخل تحت ذلك إدراك المؤثر من الأثر وإدراك الأثر من المؤثر، وانتزاع الكليات من الجزيئات مثل أن ينتزع من الإحساس بحرارة هذه النار أن كل نار حارة. ويدخل في ذلك المعيار أيضاً الاطلاع على عواقب الأمور، أي استنباط المصالح والأغراض والتمييز بين الخير والشر والأمور الحسنة والأمور القبيحة والهيئات المحمودة والمذمومة للإنسان في كلامه وحركته وسكونه ولباسه ونحو

---

(١) صدر الشريعة- التوضيح على هامش التلويح، ج٢ ص ١٥٧ . عبد الكريم عثمان- الدراسات النفسية عند المسلمين والغزالي بوجه خاص، ص ٣٣٩ . فخر الدين الرازي- المحصل، ص ١٠٤ .

(٢) إمام الحرمين الجويني- الإرشاد، ص ١٥، ١٦ . وله التلخيص في أصول الفقه، ج١ ص١١٠-١١٢ .

(٣) القاضي عبد الجبار- المغني في أبواب التوحيد والعدل ج١١ ص ٣٨٢، ٣٨٣ . التفتازاني- شرح المقاصد، ج٢ ص ٣٣٣ . أمير بادشاه - تيسير التحرير، ج٢ ص ٢٤٦ . ابن امير الحاج- التقرير والتحبير، ج٢ ص ١٦٢ .

ذلك . وممن تبنى هذا المعيار أيضاً الشيخ البخاري في حاشيته على أصول فخر الإسلام؛ فعرف العقل والجنون بما يقارب ما فصله التفتازاني؛ بقوله : (العقل حقيقة يمكن الاستدلال بها من الشاهد على الغائب والاطلاع على عواقب الأمور والتمييز بين الخير والشر ومحله الدماغ . . والموجب لانعدام آثاره وتعطيل أفعاله الباعث على أفعال مضادة لتلك الأفعال . . يُسمى جنوناً) .[1]

ومما يجدر بالذكر أن العلماء لا يعتبرون إدراك المحسوسات من العلوم الضرورية التي يُستدل بوجودها على وجود العقل، بل هذا النوع من الإدراك موجود عند العقلاء والمجانين والصغار والبهائم . وإنما يدل إدراك المحسوسات على سلامة أعضائها الظاهرة وسلامة أجزاء محددة من الدماغ . وعلماء الإسلام لا يرون أن العقل هو الدماغ، وإن كان كثير منهم يرى أن الدماغ محل العقل . وارتسام صور المحسوسات في أعضائها الظاهرة، وكذلك ارتسامها في شبكة الحس من الدماغ، وكذلك تخزينها في أماكن أخرى منه إنما هي أنشطة بدنية وليست نشاطاً عقلياً، وإن كانت ضرورية جداً لابتداء العقل نشاطه وانتقاله من مرتبة العقل الخالي من العلوم المستعد لاستقبالها إلى مرتبة العقل الفعال الذي استقبلها بالفعل[2] . ولهذا يجب عند اختبار الشخص لغاية تحديد مسؤوليته الجنائية أن يُتفطن لهذا الأمر، ولا يُركن في ذلك إلى الكشف عن قدراته في إدراك المحسوسات الجزئية وتخزينها واستحضارها عند الحاجة؛ لأن كل ذلك لا يدل على وجود العقل ولا على مستوى فاعليته . نعم قد يكون تخلف هذا النوع من الإدراكات كلياً أو جزئياً سبباً في تفويت القدرة لدى

---

(١) البخاري- كشف الأسرار، ج٤ ص ٤٣٧ .

(٢) أمير بادشاه- تيسير التحرير، ج٢ ص ٢٤٧ . التفتازاني- التلويح، ج٢ ص ١٥٩ .

العقل في تحصيل العلوم الضرورية، ويعرف هذا بالنظر في هذه العلوم نفسها، فإن وجدت كان الشخص عاقلاً وإن كان عنده نقص في طائفة من الإدراكات الحسية، وإن لم توجد لم يكن عاقلاً وإن كانت حواسه الظاهرة والباطنة سليمة. ومع ذلك فإن العجز في الإدراك الحسي، وإن كان لا دلالة فيه على العجز في الإدراك العقلي، فإنه قد يكون عند العلماء المسلمين سبباً للإعفاء من المسؤولية الجنائية؛ وذلك كما إذا كان اعجز في الإدراك الحسي سبباً لوقوع الإنسان في الخطأ أو الجهل أو النسيان، فتدرأ عنه العقوبة الكاملة، وقد يعاقب بعقوبة ناقصة كما في حالة الخطأ، وقد لا يُعاقب بأي منهما كما في بعض حالات الجهل والنسيان. [1]

ذلك هو المعيار الذي حدده العلماء المسلمون لمعرفة الحد المعتبر من العقل في التكليف ومنه المسؤولية الجنائية، وهو حيازة الإنسان على العلوم البديهية بالمعنى الذي تقدم بيانه. وهذا المعيار عينه هو الذي اتخذوه أيضاً في تحديد معنى الجنون أو النقص العقلي المانع من التكليف، حتى عرفوه بأنه اختلال في القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة، المدركة للغائب من الشاهد أو المدركة للعواقب بأن لا يظهر آثارها ويتعطل أفعالها. [2]

ثم إن السبيل إلى معرفة حالة العقل عند إنسان ما هو النظر في تصرفاته الشاملة لأقواله وأفعاله، فإن كانت جارية على مقتضى تلك العلوم الضرورية كان ذلك الإنسان عاقلاً وإلا فلا. ومن الجدير بالذكر أن العلماء المسلمين لا ينظرون في تطبيق

---

(١) ابن عقيل- الواضح ج١ ص٧١-٧٣. الزركشي- البحر المحيط، ج١ ص ٣٥١. وله المنثور في القواعد، ج٢ ص ١٩. عبد القادر عودة- التشريع الجنائي الإسلامي، ج١ ص٤٣٠ وما بعدها.

(٢) التفتازاني- التلويح، ج٢ ص ١٦٧.

هذا المعيار إلى المعلومات النظرية التي يفصح عنها الإنسان محل الاختبار، ويرون أنها لا تدل دلالة كافية على وجود القدر الكافي من العلوم البديهية أو عدمه، وإن كانت بعض هذه المعلومات ثمرة لحصول بعض العلوم البديهية. ويقصدون بالمعلومات النظرية تلك المعلومات التي لا يتعلق بها عمل في ذاتها، وهي التي يكون المعلوم فيها موجوداً لا أثر لاختيار الإنسان في وجوده أو معدوماً لا أثر لاختيار الإنسان في عدمه، كمعرفة وجود الخالق، وعدم وجود شريك له سبحانه، ومعرفة طلوع الشمس من إبصار نورها بالرغم من عدم رؤية قرصها؛ فإن هذه المعلومات النظرية لم يتخذها العلماء مقياساً لوجود الحد المعتبر من العقل اللازم للتكليف والمسؤولية[1]؛ فلم يرتبوا على ذلك الحكم بجنون من يخالفها وإعفائه من المسؤولية، وإنما اعتبروا أفعاله مقياساً لذلك. ويقصد بأفعاله عندهم ما يقع تحت سلطان إرادته ويكون محلاً لاختياره. فإذا غلب على اختياراته أفعال الشر والضرر والقبائح والهيئات المذمومة والخبط العشوائي استدل من ذلك على غياب القوة المميزة عنده أو نقصها وغياب ما يلازمها من العلوم البديهية؛ إذ لو كانت موجودة لعرف الخير والشر والضار والنافع والحسن والقبيح، ولو عرف ذلك لكانت أغلب اختياراته العملية ملائمة لتلك المعرفة المنبثقة من العلوم البديهية[2]. والمقصود في كل ما تقدم من المعاني (الخير والشر والنافع والضار والحسن والقبيح) ما كان ثمرة العلوم البديهية، وهي علوم يقينية لا تحتمل الانعكاس أبداً، ولا يدخل فيها ما كان محتملاً تختلف فيه الأنظار.

---

(١) نفسه ج٢ ص ١٦٠.

(٢) النسفي- كشف الأسرار على المنار، ج٢ ص ٣١، ٤٦٧.

تطبيق معيار العلوم الضرورية على الأمراض العقلية والنفسية لتحديد أثرها في المسؤولية الجنائية:-

الأمراض العقلية أو النفسية كلمة أعم من الجنون وإن كان أظهر أنواعها؛ لأن المنظور إليه فيها عجز الإنسان عن القيام بمصالحه وأغراضه وشئونه كلياً أو جزئياً بسبب آفة تصيبه في قدراته العقلية أو النفسية. وهذا لا يقتصر على الجنون الذي هو عند علماء المسلمين اختلال في القوة المميزة عند الإنسان يحول بينه وبين تحصيل العلوم البديهية التي تعتبر أساساً في سلامة اختياراته العملية كلها؛ فهو بلا شك أشد أنواع الإعاقات العقلية والنفسية، لأنه يرّد الإنسان بعد بلوغه إلى وضع يشبه وضعه في مرحلة الصبا أو الطفولة أو أقل من ذلك.

والآفات العقلية والنفسية التي تصيب الإنسان كثيرة ومتنوعة ومتداخلة في أسبابها وأعراضها وآثارها وكيفيات علاجها. وبالرغم من ذلك وجدنا أهل الاختصاص من علماء النفس وأطباء العقل قد وضعوا لكل منها اسماً خاصاً به يدل على مجموعة محددة من الأعراض. ثم صنفوا تلك الآفات إلى صنفين بالنظر إلى أسبابها؛ فأرجعوا مجموعة منها إلى أسباب نفسية، ومجموعة أخرى إلى أسباب عضوية. وباستثناء مجموعات قليلة من الأعراض التي اتفقوا على ربطها باختلالات عضوية، فقد اختلفوا في أكثر الأمراض من حيث نسبتها إلى الأسباب النفسية أو إلى الأسباب العضوية. [1]

والحقيقة أن المعيار السابق الذي تبناه علماء المسلمين واستعمله قضاتهم في مختلف العصور لمعرفة وجود الحد المعتبر من العقل للتكليف وتحمل المسؤولية لا يحتاج إلى معرفة تلك التفصيلات ولا يتوقف في الجملة على معرفة العوامل

---

(١) شيلدون كاشدان- علم نفس الشواذ ص ٥٧. والترج. كوفيل وزميلاه- الأمراض النفسية، ص٢٧ وما بعدها.

والأسباب التي تنشأ عنها الأمراض العقلية والنفسية، ولا يعنيه ترجيح رأي على آخر في مجال تفسيرها. وإنما له علاقة بنوع معين من الأعراض التي تظهر على الإنسان قبل ارتكاب فعله الضار بالغير، وهي الأعراض التي لها دلالات قوية على حالة القوة العقلية لذلك الإنسان عند ارتكابه للفعل وقبله وقُبيله.[1]

ووفق هذا المعيار ينبغي على القاضي الذي تعرض عليه القضية - إذا شك في عقل المتهم- أن يستحضر أكبر قدر ممكن من أنشطة ذلك الإنسان وتصرفاته ابتداءً من الوقت الذي يقف فيه أمامه، ومروراً باللحظة التي وقع فيها الفعل العدواني، ورجوعاً إلى الوراء في الساعات والأيام والأشهر الماضية، حتى يحس القاضي من نفسه كأنه كان يعيش مع ذلك الشخص ويرافقه في فترة كافية من عمره متصلة بالفعل الذي قام به. ويعتمد في ذلك على شهادات الشهود من أقاربه وزملائه وأصدقائه والذين حققوا معه، وعلى ملاحظاته أثناء رؤيته له واستجوابه. وينبغي أن يكون هدفه من استشهاد الشهود معرفة التصرفات التي صدرت عن ذلك الشخص، فلا يلتفت إلى أحكام الناس عليه، وإنما يكون همه من وراء استشهادهم هو الوصول إلى حقيقة ما كان يفعله من الأفعال ويقوله من الأقوال ويظهر عليه من الأحوال والهيئات، وأن ذلك وقع منه بالفعل. ثم يقوم بتحليل ذلك كله، ليكتشف منها الاختيارات العملية لذلك الإنسان؛ فإن كانت ملائمة لما تقدم ذكره من العلوم الضرورية أو البديهية حكم بعقله ومسؤوليته، وإلا حكم بقصوره العقلي وإعفائه

---

(١) يقول حافظ الدين النسفي (ثم أصل العقل يُعرف بدلالة العيان؛ وذلك بأن يختار المرء ما يكون أنفع له في أمر دنياه أو عقباه، ويعرف مستور عاقبة الأمر فيما يأتيه ويذره. وكذلك نقصانه يعرف بالتجربة والامتحان بأن ينظر في أفعاله؛ فإن كانت على سنن واحد كان معتدل العقل، وإن كانت متفاوتة كان ناقص العقل، وأحوال البشر تتفاوت في كمال العقل) كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، ج٢ ص٤٦٧ .

من المسؤولية .

ولكن هل يعني التزام هذا المعيار في معرفة الحالة العقلية للمتهم إهمال المعطيات الطبية في هذا المجال؟

والجواب على هذا السؤال هو النفي قطعاً؛ لأن هذا المعيار في تفصيلاته التي عرضها العلماء المسلمون مبناه على النظر والتجارب، وليس على نصوص شرعية تفصيلية؛ إذ ليس في هذا الموضوع من النصوص سوى ما ورد عن الرسول ﷺ من رفع القلم عن المجنون، وفي بعض الروايات عن المعتوه[1] وسوى ما ورد من استفسار النبي ﷺ عن الحالة العقلية لشخص أقر بالزنى، وذلك بسؤال أهل عشيرته عن عقله، وما ورد من بحثه ﷺ عن وجود بعض الأسباب التي قد تؤدي إلى ضعف العقل عند المتهم، كشرب المسكر ونحوه[2]. وأما ما أورده العلماء من بيان المعيار وكيفية تطبيقه فمبناه على النظر والتجربة. والمعطيات الطبية من هذا القبيل. ومن جهة أخرى فإن مما تقرر أن المقصد الشرعي العام للقضاء هو تحقيق العدالة بين الناس، وهذا يقتضي استحضار كل وسيلة توصل إلى الحق ومعرفة الواقع، ووجوب النظر في جميع القرائن التي يمكن أن تسهم في تحقيق هذا الهدف، وحيثما ظهر الحق وجب اتباعه مهما كانت الوسائل إلى ظهوره[3]. وهذا يوجب على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار معطيات أهل الاختصاص إذا كانت تساعد في الكشف عن الواقع وتيسر

(١) رواه البخاري وأبو داود وغيرهما: انظر: ابن حجر- فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج١٢ ص١٢٠. الخطابي- معالم السنن، ج٣ ص ٣٠٩، ٣١٠. الهيثمي- مجمع الزوائد، ج٦ ص ٢٥١، ٢٥٢. الزيلعي- نصب الراية لأحاديث الهداية، ج٤ ص ١٦٢.

(٢) الخطابي- معالم السنن، ج٢ ص ٣١٨، ٣٢٠، ٣٢١. الشوكاني- نيل الأوطار، ج٧ ص ٢٦٣.

(٣) ابن قيم الجوزية- الطرق الحكمية ص ١٩.

الوصول إلى الحكم العادل .

وفي رأيي أنه يمكن الاستفادة من معطيات الطب العقلي والنفسي لتكميل النقص الذي قد يكشف عنه التطبيق في ذلك المعيار الذي وضعه العلماء المسلمون، وذلك في الحالات الآتية : -

أ- عند ضعف البيانات والمعلومات التي يحصل عليها القاضي من استنطاق الشهود حول تصرفات المتهم، إما لقلتها وإما بسبب تناقضها فيما بينها أو لأي سبب آخر .

ب- عندما يُعزى - بحسب الظاهر - تغير الحالة العقلية عند المتهم إلى حادث طارئ يكون له في العادة مثل هذا التأثير كصدم أو ضرب أو شرب مسكر ونحو ذلك، ثم تقع الجناية على إثره، دون مرور فترة كافية بينهما لوقوع التصرفات منه ورؤية الناس لها .

جـ- كذلك يمكن الاستعانة بخبراء النفس والعقل في تحليل البيانات الحاصلة من شهادات الشهود وغيرهم عن تصرفات المتهم، وتصميم اختبارات محددة تساعد في ذلك التحليل .

ومع ما تقدم فإن الاستعانة بمعطيات الطب العقلي والنفسي ينبغي أن يُحكم حدودها أمر آخر غير مجرد الحاجة، وهو مدى القيمة العلمية لهذه المعطيات، من حيث كونها مبرهنة وموثوقة ومتفقاً عليها بين أهل الاختصاص، أو أنها مجرد فرضيات أو نظريات مختلف فيها . فإن كانت من النوع الثاني فمن التساهل الاعتماد عليها في وصف الحالة العقلية للإنسان، وبخاصة إذا كانت متناقضة مع بعض تصرفاته وأفعاله التي ثبتت عنه بصورة سليمة . والرأي عندي أن يميز بين نوعين من

الأمراض العقلية والنفسية : الأول يشمل الأمراض التي ترجع إلى أسباب عضوية وغدت هذه الأسباب معروفة عند أهل الاختصاص، وكذلك ارتباطها بتلك الأسباب صار مؤكداً عندهم، كالخرف والتخلف العقلي والصرع وتلف الدماغ في بعض أجزائه أو أنسجته، أو اضطراب الغدد أو الاختلال الكيميائي في المخ ونحو ذلك، مما يمكن ملاحظته بوسائل طبية . ومع أن حجم هذا النوع من الأمراض العقلية ما زال هو الأقل، إلا أنه يزداد بالتقدم العلمي . ومهما يكن الأمر فإن هذا النوع من الأمراض هو الذي يمكن أن تكون المعطيات الطبية فيه معتبرة ومتممة لمعيار الفقهاء والأصوليين .

والنوع الثاني هو ما يُطلق عليه في الغالب اسم الأمراض النفسية، والتي هي عبارة عن مجموعات من الأعراض الشاذة المتلازمة، حيث أطلق على كل مجموعة منها اسم معين، ولم يستطع أهل الاختصاص ربطها بأسباب عضوية بصورة مؤكدة، وإنما أرجعوها إلى أسباب نفسية أو أسباب عضوية خفية لم تظهر لهم[1] . فالمعطيات حول هذا النوع من الأمراض لا أرى أنها تصلح لأن تكون أساساً لتحديد المسؤولية، ولا لأن تكون متممة لمعيار العلوم الضرورية ولا معارضة له، ويمكن اعتبارها في حالة واحدة وهي أن تكون مؤكدة لنتائج ذلك المعيار ؛ إذ ما دام أهل الاختصاص من علماء النفس وأطبائها عاجزين عن اكتشاف أسباب عضوية لتلك الأمراض تكون منتجة لها لا محالة، فإن اعتمادهم في تفسيرها سيظل على توقعات واحتمالات نظرية لا تصلح في مجال القضاء لبناء الأحكام الخطيرة عليها، ومنها إدانة المتهمين وتبرئتهم، فيجب إسقاطها . ولا يبقى معنا من هذه الأمراض سوى أعراضها . فإذا كان لابد من

(١) والترج كوفيل وزميلاه- الأمراض النفسية، ص ٤٤-٤٧ . محمد عودة وكمال مرسي- الصحة النفسية، ص١٧٤ وما بعدها .

النظر إلى الأعراض لمعرفة حالة المتهم العقلية، فأصلح ما ينظر إليه منها هو ما ذكره علماء المسلمين مما يكشف عن ملائمة تصرفات الشخص للعلوم البديهية التي لا تخلو عنها نفس عاقلة، وإلا فإن الاعتماد على تلك التوقعات والاحتمالات سوف يخلط الحابل بالنابل، ولا يُعرف مسئول من معذور؛ إذ لا يكاد إنسان يخلو من أسباب تربوية بعيدة أو قريبة تضخم عنده أو توهن بعض مكونات شخصيته، مما ينتج انحرافات سلوكية. ومما يبعث على العجب أن أكثر علماء النفس وأصحاب نظرياتها المرتكزة على تفسيرات نفسية غير عضوية لا يؤمنون بغير العنصر المادي في البنية الآدمية، وهو الجسد، فينسبون إليه مختلف الأنشطة الإنسانية سواء أكانت مادية أم معنوية بحتة كالأفكار والمشاعر، ولا يؤمنون بالروح التي ينفخها الله في الإنسان وهو جنين في بطن أمه. لكنهم ينسون ذلك المنهج الذي اعتمدوه في مقام تفسيرهم للأمراض النفسية وعلاجها، فيتكلمون في هذا المقام عن النفس وتشريحها، ودوائر الشعور وما تحت الشعور واللاشعور والأنا والأنا الأعلى والجهد النفسي وغير ذلك من الأسماء[1]، بعيداً عن معتقدهم الأول؛ وإلا فإنه إذا كان كل تصرف يصدر عن الإنسان يرجع إلى العنصر المادي فيه - كما قالوا أولاً - لم يكن أمامهم سوى أن يُفسروا كل مرض بخلل في ذلك العنصر المادي؛ لأن حالة الأثر تعكس حالة المؤثر.

ومن الجدير بالملاحظة أن المعيار الذي اعتمده العلماء المسلمون لتحديد الحالة العقلية للمتهم ومسؤوليته الجنائية لا يستلزم تبين خلل عضوي في الإنسان. وإنما يعتمد على تحليل تصرفات المتهم بعد استحضارها بالوسائل المختلفة، فإذا كانت البيانات المستحضرة حول تصرفاته كافية، وكانت هذه التصرفات واضحة في دلالتها

(١) شيلدون كاشدان- علم نفس الشواذ، ص ٤٧ .

على التزامه للعلوم البديهية اعتبر عاقلاً ومسؤولاً ، مهما قيل عن وجود خلل عضوي عنده . وأما إذا كانت تلك البيانات تدل بصورة واضحة على عدم الملائمة لمقتضى البديهيات حكم بأنه غير عاقل ، ولا يُنظر إلى أي ادعاء بعد ذلك مفاده أن المتهم ليس فيه أي مرض عقلي أو نفسي . فالعبرة بدلالة تصرفاته ما دامت بياناتها كافية .

وأما إذا كانت المعلومات المستحضرة عن تصرفات المتهم قبل وقوع الجريمة وقبيلها غير كافية أو متناقضة وثارت شكوك حول الحالة العقلية لذلك الشخص أو أثيرت وجب الرجوع إلى المعطيات الطبية الستندة إلى مقدمات متفق عليها ، وهي الحالة الصحية العضوية بجميع أبعادها . ولا ينبغي الرجوع إلى المعطيات المبنية على مقدمات غير عضوية أو مختلف فيها . ولا أجد في نفسي شيئاً في تقرير ذلك في جانب إثبات المسؤولية الجنائية . وأما في جانب الإعفاء منها فكذلك إذا كانت المعطيات الطبية من النوع الأول ؛ فتعتبر للإعفاء إذا تعذر تطبيق معيار العلوم البديهية . وأما النوع الثاني فلا تعتبر في جانب الإعفاء الكامل من المسؤولية الجنائية ، ولا لتخفيفها في الجرائم الواقعة على حقوق العباد كالقتل والجرح والضرب والشتم . ولكن هل يمكن اعتبارها شبهة في الجرائم الواقعة على حقوق الله تعالى ، وبخاصة الحدود ، فتدرأ العقوبة الكاملة وتخفف المسؤولية إلى استحقاق عقوبة أخف ليس فيها إتلاف للجسد لا كلياً ولا جزئياً ، وهي العقوبة التي تسمّى عند الفقهاء تعزيراً؟ الأمر محتمل في بعض الأمراض النفسية وفي حدود معينة . وليس عندي من الأدلة ما يؤهلني للجزم بالإمكان أو عدمه إلا عمومات قد يُساء تطبيقها إذا تُوسع فيها كقاعدة درء الحدود بالشبهات وما نسب إلى الرسول ﷺ من قوله «ادرأوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فمن وجد له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن

يُخطىء في العفو خير من أن يُخطئ في العقوبة» .[1]

مدى الإعفاء من المسؤولية الجنائية في الإعاقة العقلية:-

لا خلاف بين الفقهاء في إعفاء الجاني المعاق عقلياً من المسؤولية الجنائية ؛ بمعنى أنه لا يقع تحت طائلة أي نوع من أنواع العقوبات . إلا أن هذا لا يعني أن الفعل الذي يقوم به ذلك المعاق يحوز وصف الإباحة ، بل يبقى يوصف بأنه ضار تجب الوقاية من أمثاله ، ويجب ترميم آثاره والتعويض عنه بما لا يتعارض مع الإعفاء من المسؤولية الجنائية . والفرق بين الفعل المباح والفعل غير المباح مما يصيب الآخرين أن الأول يقع على شخص يستحقه والثاني يقع على شخص لا يستحقه ؛ ولا شك في أن من يصيبهم أذى المجانين ومن في حكمهم لا يستحقون ذلك ؛ فالفعل يبقى موصوفاً بعدم الشرعية وإن أعفي الفاعل من المسؤولية الجنائية لأسباب شخصية ، بينما الفعل المباح يكون مشروعاً بغض النظر عن حالة فاعله ، كما في الفعل الذي يقتضيه الدفاع المشروع . ويترتب على هذا التحديد لطبيعة فعل المعاق عقلياً ما يأتي : -

أ- أن إعفاء المعاق من المسؤولية الجنائية لا يُسقط حق المعتدى عليه في التعويض عما أصابه من الخسائر المادية . ويرى معظم الفقهاء المسلمين أن التعويض يؤخذ من مال الفاعل إذا كان الفعل الضار قد وقع على المال ، ويؤخذ من عاقلة

---

(١) رواه الترمذي وذكر أنه قد روي موقوفاً وأن الوقف أصح - صحيح الترمذي مع عارضة الأحوذي ، ج٦ ص ٨٩١ ، ٩٩١ . ورواه ابن ماجه بلفظ (ادفعوا الحدود وما وجدتم لها مدفعا) وإسناده ضعيف وأصح ما روي في هذا المعنى قول عبد الله ابن مسعود (ادرؤا الحدود بالشبهات ، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم) ، وقال الشوكاني : وما في الباب وإن كان فيه المقال المعروف فقد شد من عضده ما ذكرناه ؛ فيصلح بعد ذلك للاحتجاج به على مشروعية درء الحدود بالشبهات المحتملة ، لا مطلق الشبهة - نيل الأوطار ، ج٧ ص ٢٧٢ .

الفاعل إذا وقع الفعل على النفس ووجبت الدية أو بعضها مما لا يقل عن ثلثها؛ وذلك من باب التعاون بين الأقارب في تحمل التبعات المالية؛ وإنما شرع الإسلام هذا الترتيب توفيقاً بين المصالح المتعارضة وتحقيقاً للعدالة بين الناس؛ إذ الأصل أن التعويض يجب على المتسبب بالضرر بحسب ما تقتضيه العدالة من وجوب رد الأوضاع الحقوقية إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل غير المشروع، وهذا فعل غير مشروع صدر عن عضو في المجتمع بحكم إنسانيته، وهو ممن تجب له الحقوق، فتؤخذ منه إذا تعلقت به أسبابها؛ فإذا أخذ مالاً بغير حق له على المالك وجب رده إلى صاحبه إن كان قائماً، وضمانه على من أخذه إذا كان غير قائم.[1]

ب- إذا اعتدى المعاق عقلياً على شخص وكان بإمكان هذا الشخص أن يدفع ذلك المعاق فله ذلك، ويباح له أن يفعل ما تقتضيه ضرورة الدفع من غير زيادة، فإن اندفعت بالهرب منه لم يجز إيذاؤه عند فريق من الفقهاء، فإن لم يتمكن من الهرب جاز له دفعه بالحد الأدنى اللازم من الأذى، فإن لم يتمكن من دفعه إلا بقتله ففعل ذلك لم يكن عليه شيء من المسؤولية الجنائية بلا خلاف[2]. ولا يعتبر هذا خروجاً على القاعدة ولا من باب تحميل المسؤولية الجنائية لغير العاقل، ولكنه تطبيق لقاعدة الضرورة. ومن هذا القبيل أيضاً كف المعاق عن الأفعال الضارة الأخرى إذا ضبط متلبساً بها، ككفه عن الزنى أو السرقة أو شرب الخمر

(١) ابن قدامة- المغني، ج٩ ص ٥٠٤. أبو زهرة- الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي- الجريمة، ص٤٠٠.

(٢) القرافي- الفروق ج٤ ص٢٥٦. العز بن عبد السلام- قواعد الأحكام، ج١ ص ١٢٢. ابن فرحون- تبصرة الحكام، ج٢ ص ٣٥٦، ٣٥٧. الشيرازي- المهذب، ج٢ ص٢٢٥. المحلي على المنهاج وحاشية قليوبي وحاشية عميرة، ج٤ ص ٢٠٦، ٢٠٧. عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الاسلامي، ج١ ص٤٧٦. الموسوعة الفقهية، ج٢٨ ص١٠٦، ١٠٧.

أو قطع الطريق أو غير ذلك؛ فيجوز كفه بالحد الأدنى الذي يمنعه من الاستمرار في أفعاله؛ ولذلك لم يشترط الفقهاء العقل ولا البلوغ في المحتسب عليه؛ فأجازوا ممارسة منع المنكر على المجنون والصغير، وإنما اشترطوهما في المحكوم عليه أمام القضاء[1]. ولكن هل يجب الضمان على قاتل المجنون دفاعاً عن النفس؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وجوب الضمان؛ لأن دفاع الإنسان عن نفسه أو عرضه أو ماله إما واجب أو مباح، ولا يمكن أن يترتب على الإنسان ضمان بسبب قيامه بواجب أو مباح، ولا فرق في ذلك بين مهاجم عاقل أو غير عاقل[2]. وذهب الحنفية إلى وجوب الضمان إذا كان الهاجم (أو ما يسمونه بالصائل) غير عاقل؛ لأنه غير مسئول عن أفعاله، وفعله لا يُسمى جناية، وإنما جاز دفعه على سبيل الرخصة والاضطرار، فلا تجب عقوبة دنيوية ولا أخروية، ولكن يجب الضمان؛ كالمضطر إلى أكل طعام غيره لإحياء نفسه يأكله ويضمنه[3]. والظاهر وجود فرق بين المضطر لاستهلاك طعام غيره وبين المضطر إلى قتل مهاجمه؛ لأن صاحب الطعام ليس سبباً في وقوع المضطر في حالة الاضطرار، خلافاً للمضطر إلى قتل الصائل عليه؛ حيث يكون هذا الأخير هو الخطر بعينه. وحتى لو وجب عليه ضمان لأمكن القول: إنه خسارة وقعت عليه وتسبب بها المعاق عقلياً، وهو

---

(١) المراجع نفسها. أبو حامد الغزالي- إحياء علوم الدين، ج٢ ص ١٢٢٣. الموسوعة الفقهية، ج١٧ ص٢٦١، ٢٦٢.

(٢) الباجي- المنتقى ج٧ ص ٧١. الشيرازي- المهذب، ج٢ ص ٢٢٥. المحلي على المنهاج وحاشية قليوبي وحاشية عميرة، ج٤ ص ٢٠٦. ابن قدامة - المغني ج١٠ ص ٣٥١. الموسوعة الفقهية ج٢٨ ص١٠٦.

(٣) المرغيناني- الهداية ج٤ ص ١٢٢. ابن قدامة- المغني ج١٠ ص ٣٥١.

يضمن ما يتسبب به من خسائر مادية للآخرين، فمقتضى هذا رجحان ما ذهب إليه الجمهور.[1]

جـ- كذلك يترتب على التحديد السابق لطبيعة الأفعال الضارة التي تصدر عن المعاقين عقلياً أن شركاءه في هذه الأفعال لا يستفيدون من الإعفاء الذي يكون للمعاقين ويحملون المسؤولية كاملة ما داموا عقلاء بالغين وغير مكرهين؛ لأن الفعل الذي شاركوا فيه ليس مباحاً في ذاته، وإنما أُعفي المعاق من المسؤولية عنه لسبب في شخصه، وليس في فعله.[2]

د- وبناء على ذلك التحديد لجنايات المعاقين عقلياً وأنها تظل أفعالاً غير مشروعة في ذاتها كان من حق المجتمع أن يتخذ من الاحتياطات التي تحول دون وقوع مثل هذه الأفعال في المستقبل إذا كان وقوعها متوقعاً من بعض أولئك المعاقين؛ فإن المفاسد المتوقعة كالواقعة عند الفقهاء[3]؛ فيكون اتخاذها من باب دفع الضرورة ويجب أن تُقدر بقدرها، فلا يبالغ فيها، فتخرج عن طبيعتها ومقاصدها.

طروّ الإعاقة العقلية على الجاني بعد الجناية:

إذا طرأت الإعاقة العقلية المانعة من المسؤولية الجنائية على الجاني بعد ارتكاب الجريمة، فهل لهذه الإعاقة الطارئة أثر في رفع المسؤولية الجنائية عنه؟ ذهب فقهاء

---

(١) انظر قريبا من هذا: ابن قدامة - المغني ج١٠ ص ٣٥١.

(٢) هذا قول المالكية والشافعية والحنابلة في رواية لكن الحنفية والحنابلة في الصحيح يقولون بعدم وجوب القصاص على أي من الشركاء في القتل إذا كان أحدهم غير مكلف لوجود الشبهة في تحديد من كان فعله سبباً في زهوق الروح- الباجي- المنتقى ج٧ ص ٧٢. ابن قدامة - المغني ج٩ ص ٣٧٥. الموصلي- الاختيار ج٥ ص ٢٨. عبد القادر عودة- التشريع الجنائي الإسلامي، ج١ ص ٣٦٤.

(٣) العز بن عبد السلام- قواعد الاحكام ج١ ص ٩٨.

الحنفية والمالكية إلى القول بارتفاعها عن الجاني من وقت طرو إعاقته إذا وقع اليأس من شفائه، لأن تنفيذ العقوبات من باب التكليف، وشرطه العقل كما تقدم، فلا تنفذ على مجنون[1]. غير أن الحنفية استثنوا من ذلك حالة ما إذا طرأت الإعاقة العقلية بعد ارتكاب جريمة القتل الموجبة للقصاص، وكان طروها بعد تسليم الجاني إلى أهل القتيل لتنفيذ القصاص عليه؛ لأن التسليم جزء من التنفيذ، وبه يتم الحكم القضائي، فيكون العارض طرأ بعد تمام القضاء، بخلاف طروه على القاتل قبل التسليم، حيث لا يكون الحكم القضائي قد تم؛ لأن تمامه بالتسليم، فيؤثر العارض في هذه الحالة[2] والمالكية لم يقولوا بهذا الاستثناء، وإنما عمموا الحكم بارتفاع المسؤولية الجنائية ما دام القصاص لم ينفذ بالفعل والقاتل لم يفق من جنونه[3].

وذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم ارتفاع المسؤولية الجنائية بطروء الإعاقة العقلية بعد ارتكاب الجريمة، سواء أكان ذلك قبل التحقيق والقضاء أم كان بعدهما؛ لتوفر الشروط عند وقوع الجريمة، وثبوت المسؤولية عند ذلك، فلا ترتفع كما لو جن الشهود بعد الشهادة. ثم استثنى أصحاب هذا القول الحالات التي تثبت فيها الجناية بإقرار الجاني ويكون الشرط في ثبوتها استمرار بقاء الجاني على إقراره حتى تمام التنفيذ، وهي جرائم الحدود في الجملة، فقالوا بارتفاع المسؤولية الجنائية في هذه

---

(١) ابن عابدين- حاشية ابن عابدين ج٦ ص٥٦٦ . محمد عرفة الدسوقي- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص ٢٣٧ . عبد القادر عودة- التشريع الجنائي الإسلامي ج١ ص ٥٩٧ . أبو زهرة- الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي- الجريمة ص ٤٣٤ ، ٤٣٥ .

(٢) ابن عابدين- حاشية ابن عابدين ج٦ ص ٥٦٦ . عبد القادر عودة- التشريع الجنائي الاسلامي، ج١ ص ٥٩٨ ، ٥٩٩ . أبو زهرة- الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي- الجريمة، ص ٤٣٤ ، ٤٣٥ .

(٣) محمد عرفة الدسوقي- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤ ص ٢٣٧ .

الجرائم إذا جُن الجاني بعد ارتكابها لقيام شبهة الرجوع عن الإقرار[1]. والحق وجود فرق بين جنون الجاني وجنون الشهود؛ حيث لا يتعلق تنفيذ الحكم بهم، وينتهي دورهم بمجرد تمام شهادتهم بخلاف الجاني؛ فالأقرب هو القول الأول؛ لتخلف معظم المقاصد الشرعية من تنفيذ العقاب في مثل هذه الحالة؛ فلا يحقق تنفيذه تأديباً للجاني ولا زجراً له، ولا للناس لتفهمهم سبب سقوط العقوبة. وفي حالة القتل لا يحقق القصاص إذا نُفذ على المعاق عقلياً هدفه في شفاء غيظ أهل المجني عليه؛ إذ تأبى الفطرة السليمة التشفي بإيقاع العقاب على مجنون. هذا وفي حالة القتل العمد يرى أصحاب القول الأول استبدال الدية بالقصاص، ونرى أن تكون الدية في هذه الحالة من مال الجاني نفسه وليس على عاقلته؛ لأن ما قام به كان قتلاً عمداً بلا خلاف، وطبيعته لا تتحول بما يحدث بعد ذلك للقاتل، وفي العمد إذا سقط القصاص وجبت الدية من مال القاتل وليس من مال عشيرته.[2]

---

(١) الشيخ عميرة- حاشية على المحلي، ج٤ ص ١٠٥ . ابن قدامة- المغني، ج٩ ص ٣٥٧، ٣٥٨.

(٢) ابن قدامة - المغني ج٩ ص ٥٠٣ .

المبحث الثاني
الإرادة

تلك هي الركيزة الأولى التي تقوم عليها المسؤولية الجنائية، وهي العقل وأما الركيزة الثانية التي لا بد منها أيضاً فهي الارادة، فالعقل والإرادة شرطان لقيام تلك المسؤولية، ولا توجد إلا بتحققهما كليهما.

والإرادة في اللغة هي طلب الشيء واختياره[1]. وقد عرفها بعض العلماء بأنها نزوع النفس إلى شيء مع الحكم فيه أنه ينبغي أن يفعل أو لا يفعل[2]. ونقصد بها قدرة الإنسان على اختيار أحد الاحتمالات الممكنة لأوضاع فعل معين. والمظهر التطبيقي لهذه القوة يسمى القصد، وهو توجيه النفس إلى واحد من تلك الاحتمالات الممكنة.

وهذه القدرة من حيث أصلها موجودة في كل انسان حي، ولكن الإسلام لا يعتبر إرادة غير العاقل من الناس، وإن كان له نوع منها؛ لأن توجهه النفسي لا يكون مبنياً على تقدير عقلي. وعلى هذا فإن كل خلل في العقل يضعفه إلى ما دون الحد المعتبر في التكليف يترتب عليه فقدان شرط الإرادة، لكن العكس غير لازم؛ فإن توفر العقل في الإنسان لا يقتضي دائماً وجود الإرادة عنده؛ فقد تعرض للعاقل عوارض تذهب إرادته أو تضعفها مع كمال عقله.

(١) الفيومي- المصباح المنير. الكفوي- الكليات، ج١ ص ١٠٢.

(٢) الكفوي - الكليات ج١ ص ١٠٢، ١٠٣ وفيه تعريفات أخرى للإرادة والتمييز بينها وبين الألفاظ ذات الصلة بها. وانظر في تعريفات الإرادة: عبد الكريم عثمان- الدراسات النفسية عند المسلمين ص٢٢٢، ٢٢٣. علي الشرفي- الباعث وأثره في المسئولية الجنائية ص ٢٧٢. محمد كمال الدين إمام - المسئولية الجنائية- أساسها وتطورها ص ٣٠٠.

وأبرز ما يذكره علماء الفقه والأصول من هذه العوارض ثلاثة هي : -الإلجاء والإكراه والاضطرار[1] . ويقصد بالإلجاء أن لا يجد الشخص مندوحة عن الفعل مع حضور عقله؛ كمن شد وثاقه، وألقي على شخص فقتله بثقله . والإكراه والاضطرار كلاهما أن لا يجد الشخص مندوحة عن الفعل الذي قام به سوى وضع يصيبه فيه من الأذى أكثر من أذى ذلك الفعل . والفرق بينهما أن الإكراه يكون من إنسان آخر، والاضطرار يكون من قوة قاهرة أو آفة سماوية لا صنع للإنسان فيها . ولا خلاف في عدم مسئولية الإنسان الجنائية في هذه الحالات سوى في صورة القتل العمد الذي يقع تحت الإكراه أو الاضطرار؛ حيث رأى فريق من الفقهاء وجوب القصاص على القاتل؛ لا من حيث عدم تأثير الإكراه والاضطرار في رفع المسؤولية، ولكن من حيث أن القاتل آثر نفسه على غيره[2] . وفي هذا المقام؛ حيث البحث عن المسؤولية الجنائية للمعاقين عقليا ونفسياً، لا داعي لتفصيل الكلام عن تلك العوارض سوى النظر إلى المعنى العام الذي من أجله اعتبرت موانع للمسئولية الجنائية، وهو تعطيل قوة الإرادة أو الاختيار أو إضعافها إلى درجة كبيرة . فهل يوجد هذا المعنى في حالات الإعاقة العقلية أو النفسية؟

لا شك في أن المعاق عقلياً أو نفسياً إذا كانت إعاقته من شأنها تراجع القوة المميزة عنده إلى ما دون الحد المعتبر في التكليف فلا تعتبر إرادته كما تقدم . ويبقى التساؤل المذكور بشأن نوع من المعاقين يعتبرون عقلاء في المعيار الذي تقدم تفصيله، ويفهمون الخطاب، ويعرفون طبيعة أعمالهم ويدركون نتائجها ولكنهم لا يستطيعون أن

---

(١) الزركشي- البحر المحيط ج١ ص ٣٥٥ .

(٢) المرجع نفسه .

يضبطوا سلوكهم، فيقترفون الجريمة تحت ضغوط نفسية لا يستطيعون مقاومتها، كما في المرض المسمى بجنون الاضطهاد؛ حيث يحاول المصاب به الانتحار أو قتل من يتوهم أنه يضطهده ويريد قتله[1]. وكما في المرض المسمى بهوس الاحراق حيث يجد المصاب به نفسه مدفوعاً بدوافع نفسية داخلية لاحداث الحرائق. وكما في المرض المسمى بهوس السرقة، ونحو ذلك مما جمعه بعض علماء النفس تحت مصطلح (الجناح المزمن)[2].

ولهذا المرض عند أهل الاختصاص علامات أهمها السلوك العدواني المستديم والانحراف السلوكي الذي لا يرجى إصلاحه بعقاب ولا تعليم ولا علاج، والأنانية وعدم الإخلاص لغير الذات، ونقص في القيم الأخلاقية، والاتصاف بالرذائل وأهمها الكذب والخداع وعدم الأمانة وعدم المبالاة وتبلد العواطف والاندفاع إلى العدوان أو اقتناص اللذات السريعة وعدم الاستفادة من أخطاء الماضي[3]. وفي وصف المصابين بهذا المرض يول شيلدون كاشدان في كتابه (علم نفس الشواذ):

---

(١) عبد الرحمن العيسوي- علم نفس الشواذ ص ١٤، ١٥ عبد الحكم فوده وسالم الدميري- الطب الشرعي ص ٥٤٧. أكرم نشأت ابراهيم- بحث أثر العلل النفسية في المسئولية الجنائية من كتاب (حكم المريض نفسيا أو عقليا في التطبيق الجنائي الاسلامي)، ص ٢٧.

(٢) شيلدون كاشدان- علم نفس الشواذ، ص ٧١، ٧٣. عبد الرحمن العيسوي - علم نفس الشواذ ص٢٢، ٢٣. محمد شحاتة ربيع وزملاه - علم النفس الجنائي، ص ٢٣٩، ٣٩٨، ٤٠٠، ٤٠١.

(٣) شيلدون كاشدان- علم نفس الشواذ ص ٧١. يوسف ميخائيل أسعد - قوة الإرادة ص ١٥٣ وما بعدها. عبد الستار ابراهيم - علم النفس الاكلينيكي، ص ٥٩، ٦٠. والترج. كوفيل وزميلاه - الأمراض النفسية ص١٩٥ وما بعدها. صالح بن ابراهيم - التدين علاج الجريمة ص ٨٩. ريتشارد م. سوين - علم الأمراض النفسية والعقلية ص ٤٣٨ ومابعدها.

(ولهذه الطائفة ينتمي رجل العصابات ومروج المخدرات والقواد. على أن القاسم المشترك الذي يكمن وراء سلوكهم جميعاً هو اتجاه اللامبالاة والانسلاخ نحو سائر الناس الآخرين. كما أن هذا الاتجاه يتجلى كما تتجلى الصورة في المرآة في النظرة التجارية البحتة عند القواد إلى البغايا اللاتي يتعامل معهن، وفي الانسلاخ البارد عند مروج المخدرات نحو من دمرهم الادمان ممن يعتمدون عليه، وفي عدم اكتراث رجل العصابات بأولئك الذين يسطو على ما قضوا حياتهم في ادخاره. أي أننا نفتقد في هذه الطائفة أدنى درجة من التعاطف والتراحم والدفء الانساني التي نجدها في أكثر أفراد البشر. ومع ذلك فإن هذه الاتجاهات غير الاجتماعية من النوع الذي وصفناه ليست مقصورة على القوادين ومروجي المخدرات ورجال العصابات، وإنما هي موجودة كذلك بين عدد من المحترمين مثل بعض من لا خلاق لهم من المحامين والأطباء ورجال الأعمال الذين يضحون بصالح عملائهم وأعوانهم في مقابل حاجاتهم الأنانية..) [1].

ومثل هذه الطائفة طائفة أخرى هي طائفة الشواذ جنسياً؛ حيث يرى بعض علماء النفس أن سلوكهم الشاذ يكون نتيجة دوافع نفسية داخلية لا يستطيعون لها دفعاً ولا يجدون منها مهربا[2]. وطائفة ثالثة هي طائفة المعتمدين على العقاقير التي تسبب الإدمان وتحطم الشخصية وتسلخها من الواقع لتصل بها إلى كثير من الانحرافات. ويطلق علماء النفس على الأعراض السابقة اسماً جامعاً هو

(١) شيلدون كاشدان - علم نفس الشواذ ص ٧١.

(٢) كمال دسوقي - الطب العقلي والنفسي - الكتاب الأول ص ٣٥٩ وما بعدها. أحمد عكاشة - الطب النفسي المعاصر، ص ٣٣٧ وما بعدها. ريتشارد م. سوين - علم الأمراض النفسية والعقلية ص ٥٠٦ وما بعدها. محمد شحاتة ربيع وزميلاه - علم النفس الجنائي، ص ٢٣٧.

الاضطرابات السيكوباثية (السوسيو باثية)[1]. ويسميها بعضهم بالجنون أو البله الخلقي[2]؛ وهذه تسمية مضللة؛ لأن أهل الاختصاص يكادون يتفقون على أن هذه الأعراض ليست ملازمة لنقص القدرات العقلية. بل إن أكثر المصابين بها يكون على درجة كبيرة من المهارة في تفاعلاتهم الاجتماعية، كما أنهم يصلون بدرجاتهم الذكائية إلى مستويات متوسطة أو فوق المتوسطة في اختبارات الذكاء المقننة. وهم يدركون في أكثر الأحيان كيفيات السلوك الصحيح[3].

وأما تفسير هذه الأعراض نفسياً وطبيا فما زال في طور الفرضيات، ولم ترقَ إلى مستوى النظريات فضلاً عن الحقائق المبرهنات؛ فهناك فرضية ترجعها إلى الوراثة وأخرى ترجعها إلى تلف في الدماغ، وهنالك فرضية ثالثة أكثر رواجاً من سابقتيها ترجعها إلى قصور أو انحرافات في التعلم والتنشئة الاجتماعية، ينشأ عنه قصور في النمو الخلقي مما يؤدي إلى قصور في نمو ما نسميه بالضمير؛ مما يجعل هذا النوع من الناس في حال مستمرة من البلادة وعدم الاكتراث بالقيم الإنسانية المتعارف عليها، والدوران حول الذات، وفعل ما يحلو لها دونما التفات إلى أية ردود فعل اجتماعية[4].

---

(١) ريتشارد م. سوين- علم الأمراض النفسية والعقلية، ص ٤٦٤. شيلدون كاشدان- علم نفس الشواذ، ص٧٠، ٧٤. محمد شحاتة ربيع وزميلاه - علم النفس الجنائي، ص ٢٣٧.

(٢) عبد الرحمن العيسوي - علم نفس الشواذ ص ٣٨٨. محمد عودة وكمال مرسي - الصحة النفسية، ص٣٦٩. محمد شحاتة ربيع وزميلاه - علم النفس الجنائي، ص ٢٣٦.

(٣) شيلدون كاشدان - علم نفس الشواذ، ص ٧٤. محمد شحاتة ربيع وزميلاه - علم النفس الجنائي، ص٢٥٧-٢٥٨. عبد الرحمن العيسوي- علم نفس الشواذ، ص ٣٨٧. يوسف ميخائيل أسعد- قوة الإرادة، ص١٥٤.

(٤) والترج. كوفيل وزميلاه - الأمراض النفسية، ص ١٩٦-١٩٨. يوسف مخائيل أسعد - قوة الإرادة، ص١٥٤.

وربما وجد من علماء القانون وغيرهم من يرى اعتبار تلك الأعراض النفسية موانع للمسئولية الجنائية إذا كانت ناتجة عن اضطرابات عقلية تطغى على العقل والشعور[1].

أما في الإسلام فإن قاعدته العامة تقتضي ثبوت المسؤولية الجنائية لكل مجرم عاقل بالغ، بالمعنى الذي تقدم تفصيله للحد المعتبر من العقل، إلا إذا ثبت بوسائل الاثبات المعتبرة أن نشاطه الاجرامي الذي صدر عنه كان ثمرة أكيدة لضغوط تقع قبل الفعل ومتصلة به تجعل إرادته خاضعة كليا لتلك الضغوط أو ضعيفة ضعفاً جسيماً بالمقارنة معها؛ ففي الحالة الأولى تكون إرادته عند الفعل الإجرامي كالعدم أي لا أثر لها بالكلية؛ وإن كان أصلها موجوداً عنده. ويمكن تسمية هذه الحالة بحالة انعدام الارادة بالنظر إلى غياب أثرها بصورة كلية وقت صدور النشاط الإجرامي، وقد مثل لها العلماء المسلمون بمثالين:

الأول يعكس نوعاً من الضغوط الخارجية التي تقع على الإنسان، فيكون أمامها كالريشة في مهب الرياح العاتية، والقشة على سطح بحر هائج الأمواج، وهو ما ذكروه من شخص شد وثاقه وألقي على شخص فقتله بثقله[2].

والثاني يعكس نوعاً من الضغوط الداخلية المتكونة في داخل الإنسان، مما لا يستطيع دفعه، فيكون سبباً وحيداً لصدور النشاط عن ذلك الإنسان، وهو ناتج عن علل داخلية خارجة عن نطاق سيطرته، ومثلوا لهذا النوع بحركة المرتعش الذي تنشأ حركة بعض جوارحه بسبب أقوى من إرادته غطى عليها كلياً، وربما ألحق بعضهم بهذا

(١) كامل السعيد- الجنون أو الاضطراب العقلي وأثره في المسئولية الجنائية ص ٤٩ . أكرم نشأت إبراهيم- بحث أثر العلل النفسية في المسئولية الجنائية من كتاب حكم المريض نفسيا أو عقليا في التطبيق الجنائي الإسلامي، ص ٣٥، ٣٦. مصطفى تركي- بحث "المجرمون الشواذ" من كتاب دراسات في علم النفس والجريمة، ص ١٢٨، ١٢٩.

(٢) الزركشي - البحر المحيط ج١ ص ٣٥٩-٣٦٠.

النوع تلك الحالات التي تفقد الانسان وعيه؛ حيث يفقد عقله وإرادته معاً، كما في حالة النوم والإغماء، فتنتفي مسؤوليته الجنائية في هذه الحالة أيضاً لغياب شرطيها . العقل والإرادة[1] .

وأما حالة الضعف الجسيم في الارادة فإن الأمثلة التي يضربها الفقهاء للضغوط التي تحدث مثل هذا الضعف جميعها خارجي المنشأ، كضغط الإكراه القوي وضغط الاضطرار . ويجمعها أن فيها تهديداً كثيراً لواحدة من الضرورات الخمس . ولم أر للفقهاء تمثيلاً لهذا النوع الذي يضعف الإرادة ضعفاً جسيماً بضغوط داخلية المنشأ في الإنسان .

ولكنني وجدتهم يصرحون بعدم اعتبار ضغوط الشهوات مهما كانت، ومهما كان خضوع الإنسان لها وفقدان إرادته بسببها؛ امتثالاً لما ورد في القرآن والسنة من إلغاء اعتبارها في تحديد مسئولية الانسان الدنيوية والآخروية، ولما ورد من النعي على من اتخذ الهه هواه والذين اتبعوا الشهوات واتبعوا أهواءهم؛ يقول الشاطبي في الموافقات : (مخالفة ما تهوى الأنفس شاق عليها وصعب خروجها منه؛ ولذلك بلغ أهل الهوى في مساعدته مبالغ لا يبلغها غيرهم، وكفى شاهداً على ذلك حال المحبين، وحال من بعث إليهم رسول الله من المشركين وأهل الكتاب وغيرهم ممن صمم على ما هو عليه، حتى رضي بإهلاك النفوس والأموال ولم يرضوا بمخالفة الهوى حتى قال تعالى ﴿أفرأيت من أتخذ الهه هواه وأضله الله على علم﴾[2] وقال :

---

(١) المرجع نفسه ج١ ص ٣٥٥ . صدر الشريعة والتفتازاني- التوضيح وشرح التلويح ج٢ ص١٦٩، ١٧٠ .

(٢) الجاثية - ٢٣ .

﴿إن يتبعون إلا الظن وما تهوى الأنفس﴾[1] وقال ﴿أفمن كان على بينة من ربه كمن زين له سوء عمله واتبعوا أهواءهم﴾[2]. وما أشبه ذلك. ولكن الشارع إنما قصد بوضع الشريعة إخراج المكلف عن اتباع هواه حتى يكون عبداً لله؛ فإذاً مخالفة الهوى ليست من المشقات المعتبرة في التكليف وإن كانت شاقة في مجاري العادات؛ إذ لو كانت معتبرة حتى يشرع التخفيف لأجل ذلك لكان ذلك نقضاً لما وضعت الشريعة من أجله وذلك باطل . . .)[3].

والهوى هو نزوع النفس إلى لذّاتها الزائدة على ما يقتضيه الحفاظ على الضرورات الخمس. ولا يكون محل تأثيم ولا مسئولية إذا لم يحققه الإنسان في الواقع، وكذلك إذا لم يؤد الى معصية أو جريمة وإن تحقق في الواقع، وعندها يظل في دائرة العفو. فإذا تحقق في الواقع في صورة معصية أو جريمة كان صاحبه مسؤولاً مهما كانت قوة ذلك النزوع؛ إلا إذا سلب الإنسان وسائل مقاومته وكان عاجزاً عن تحصيلها وقت الفعل. ووسائل المقاومة التي جعلت للإنسان في مواجهة الهوى نوعان:

الأول: سلامة البدن بجميع عناصره بما فيها الدماغ، وهذا أمر لا يد للإنسان فيه.

والنوع الثاني: قوى معنوية تكتسب اكتساباً بالتعلم والتربية والنظر وفق العلوم الضرورية التي تودع في كل إنسان عاقل. وأهم هذه القوى المعنوية في التصور الإسلامي الإيمان بالخالق سبحانه، وما يتبعه من إيمان بصفاته الكريمة وحسابه وجزائه

(١) النجم - ٢٣.

(٢) محمد - ١٤.

(٣) الشاطبي - الموافقات ج٢ ص ١٥٣.

وقدره .

فإذا سلب الإنسان شيئاً من النوع الأول، فتعطلت آلة البدن في جهة من جهاتها سامحه الشارع في أي خطأ يقع منه ويكون ثمرة لذلك التعطل[1]. وأما إذا سلب الإنسان شيئاً من النوع الثاني، وهو القوى المعنوية المضادة للهوى، فوقع تحت سلطانه في صورة انحرافات ومعاص وجرائم، لم يكن معذوراً في ذلك، مهما كانت قوة الدوافع النفسية التي تدفعه إليها؛ لأنه فوت على نفسه تحصيل ما يمكنه تحصيله باستعمال عقله، فآل حاله الى الخضوع التام لغير ما يقتضيه ذلك العقل ويأمر به .

وبناء على هذا النظر يمكن معرفة أثر ما يذكره أهل الاختصاص من الأمراض العقلية والنفسية على الإرادة وما يُعتبر منها مانعاً من المسؤولية الجنائية وما لا يُعتبر كذلك؛ وذلك أنه إذا أثير شك حول وجود مرض عقلي أو نفسي في المتهم وكان بسببه مسلوب الإرادة عند قيامه بجريمته نظر القاضي أولاً في قدراته العقلية وفق معيار العلوم البديهية وقدرته على التمييز بين الخير والشر ومعرفة الغائب من الشاهد، فإن تبين له خلوه من الحد الأدنى المعتبر في العقل حكم بعدم مسؤوليته الجنائية، وإلا نظر في القرائن الكاشفة عن قدرته على الاختيار، ومن أهمها الرجوع إلى أهل الاختصاص من أطباء العقل والنفس، فإذا قرروا بصورة مؤكدة أو بغلبة ظن أن المتهم يقع تحت تأثير آفة عضوية في دماغه أو جهازه العصبي أو العضلي أو غير ذلك، فإن كان مثل هذه الآفة ينتج عنها دائماً أو غالباً نشاط جبري (لا إرادي) من جنس النشاط المكون للجريمة كانت هذه قرينة قوية على تخلف شرط الإرادة في الفاعل وعدم

(١) صدر الشريعة والتفتازاني- التوضيح وشرح التلويح عليه، ج١ ص ١٩٨، ١٩٩ .

مسؤوليته الجنائية؛ لعدم سلامة الآلات التي يرتبط بها تنفيذ الإرادة. ومثال ذلك ما يذكره أهل الاختصاص من أن بعض علل الدماغ تسبب حركات وأنشطة لا إرادية في الأطراف أو في العين أو في اللسان أو غير ذلك[1]. وهي وإن كان أغلبها لا يسبب أذى للآخرين لكن يتصور أن بعضها قد يسبب ذلك، كالنطق اللارادي بكلمة أو كلمات هي في ذاتها شتم أو قدح أو قذف، فلا يكون صاحبها مسؤولاً إذا كانت ناشئة عن علة في الدماغ دائمة أو مؤقتة، وتكون كزلّة اللسان ليس فيها شيء وإن تضمنت كفراً. كما ورد في الخبر عن خير البشر[2]. ومثاله أيضاً ما يذكره بعض أهل الاختصاص من هلاوس بصرية أو غيرها تنشأ عن تلف في شبكة الحس الداخلية الموجودة في الدماغ، ويترتب عليها أن يرى الانسان ما ليس له وجود في الواقع، فيضرب أو يدفع أو يقتل غيره أو يأخذ مال غيره[3]. فإذا قرر الأطباء أن لذلك علّة أكيدة يمكنهم رصدها في بدنه، كان هذا كافياً للإعفاء من المسؤولية الجنائية دون

---

(١) وذلك كما يحدث أحيانا في بعض الأمراض النفسية مثل المرض المسمى بعصاب الصدمة، ومرض الهستيريا - ريتشارد م. سوين- علم الأمراض النفسية والعقلية، ص ٣٥٦. محمد عودة وكمال مرسى- الصحة النفسية ص ١٩٥. عبد الستار إبراهيم- علم النفس الاكلينيكي ص ٤٤. يوسف ميخائيل أسعد - قوة الإرادة ص ١٣٠. حلمي المليجي - علم النفس الإكلينيكي ص ٨٣، ٨٤. والترج. كوفيل وزميلاه - الأمراض النفسية ص ٣٤٦، ٣٤٧. إ.م. كولز- المدخل إلى علم النفس الاكلينيكي، ص٢٣٩، ٢٤٠.

(٢) هذا المعنى تضمنه حديث رواه مسلم عن النبي ﷺ قال «الله أشد فرحاً بتوبة عبده حين يتوب إليه من أحدكم كان على راحلته بأرض فلاة، فانفلتت منه، وعليها طعامه وشرابه، فأيس منها، فأتى شجرة فاضطجع في ظلها قد أيس من راحلته. فبينا هو كذلك إذا هو بها قائمة عنده، فأخذ بخطامها ثم قال من شدة الفرح: اللهم أنت عبدي، وأنا ربك أخطأ من شدة الفرح - صحيح مسلم بشرح النووي، ج١٧ ص٦٣، ٦٤.

(٣) عبد الحكم فودة سالم الدميري- الطب الشرعي ص ٥٣٥. ريتشارد م. سوين - علم الأمراض النفسية والعقلية، ص ٥٦٨.

المدنيـة ؛ لأن ذلك يلحق بالخطأ ، وهو أشبـه بمن يصـوب بندقيـتـه نحـو جسم في الصحراء يظنه صيداً ، فيتبين أنه آدمي . وهذا قد رأى بهلاوسه من يريد قتله أو يريد أخذ ماله ، وليس الأمر كما رأى ، فيكون من باب الخطأ ، وليس كالمدافع الحقيقي عن نفسه أو عرضه أو ماله ؛ فإنه يباح له دفع غيره بما يلزم ، ولا يتحمل مسئولية جنائية ولا مدنية ؛ لأن أفعاله الدفاعية تقع في دائرة المباح أو الواجب ، ولا مسئولية على من يقوم بواجباته أو بأفعال مباحة . ويمكن أن يدخل في ذلك أيضاً ما تسببه بعض الآفات التي تقع على الإنسان من فقد للذاكرة[1] ، فيعفى المصاب بها من المسؤولية الجنائية لما قد يترتب عليها من ترك بعض الواجبات التي يعد تركها في حالة الذكر مخالفة شرعية .

وهكذا كل جناية أو مخالفة تكون مسببة عن خلل في البدن الانساني ، وبخاصة الدماغ ، إذا كان الأطباء العدول يؤكدون وجوده وتسببه في الأفعال المكونة لتلك الجناية ، لا يكون صاحبها مسؤولاً عنها جنائياً .

وأما إذا عرض الفاعل على أهل الاختصاص ، فأفادوا بيقين أو بغلبة ظن أنه سليم معافى في جسده ، وليس فيه داء ولا علّة بحسب ما توصلوا إليه بوسائلهم ، في الوقت الذي تبين للقاضي أنه عاقل يعرف البديهيات ويدرك الخير والشر والغائب من الشاهد ونتائج أعماله التي قام بها ، وجب عليه أن يحكم بمسؤوليته الجنائية عن أعماله الضارة ، حتى وإن افاد الأطباء أنه مصاب بمرض نفسي يمكن أن يكون وراء تصرفاته ، فلا ينبغي أن يعتبر ذلك مانعاً من المسؤولية ؛ لوجود العقل وسلامة البدن . والقاضي مأمور بالحكم بناء على الظاهر ، والظاهر هو ما يظهر من الأدلة والقرائن ،

(١) قتيبة الجلبي – الطب النفسي والقضاء ، ص ٨٨ .

ويمكن للإنسان أن يصل إليه بوسائله الممكنة، ويبرهن عليه بالبراهين المقنعة. وليس من الظاهر مجرد الظنون والفرضيات ووجود الاحتمالات، كما هو الحال في هذه الأمراض النفسية التي لا تقترن بذهاب عقل ولا علة في البدن. صحيح أنه قد يقبل إطلاق اسم المرض عليها؛ لأن المرض هو الشذوذ عن الأصل. ولكن ليس كل مرض يعذر صاحبه في الجرائم التي يرتكبها؛ إذ الجريمة نفسها ليست إلا مرضاً في ميزان أهل العقول، يقع فيه المجرم؛ فإن الإنسان لا يقدم على الشر إلا وهو واقع تحت سلطان غرائزه وأوهامه وظنونه غير ملتفت إلى نداء عقله وإن سمعه. وهو غير معذور في هذا الوقوع، بل مخاطب في كل حين أن يلبي نداء عقله ما دام هذا العقل موجوداً سليماً.

والغريب أن بعض علماء النفس قد يستدلون على أن طائفة من مرضى النفوس اسموهم بالسيكوباثيين مضطرون إلى ما يفعلون بأنهم لا يلاحظون لهم غرضاً ولا مقصداً من وراء تلك الجرائم التي يرتكبونها، في الوقت الذي يصفونهم بالأنانية وحب الذات والدوران حول أنفسهم، ويشبهونهم في ذلك بالأطفال ثم يقولون: إنهم عاقلون وقد يكونون أذكياء وماهرين لكنهم لا يستخدمون عقولهم إلا في تحقيق أنانيتهم[1]. وهذا قول ينقض بعضه بعضاً؛ لأن حب الذات من أعظم الشهوات يصاحب الإنسان في صغره وكبره ولا يقتصر على الأطفال، ولا ضير فيه إن لم يكن سبباً لإيذاء الآخرين، فإن كان سبباً للوقوع في الجريمة صار غرضاً شيطانياً (إبليسياً)؛ فإنه ما طغى إبليس اللعين إلا تحت وطأة هذا الغرض، وحقيقته الانجذاب الشديد نحو الذات. وأما تشبيه هؤلاء المرضى بالأطفال في أنانيتهم فهذا ليس اعتذاراً مقبولاً

---

(١) شيلدون كاشدان- علم نفس الشواذ ص ٧٣، ٧٤. عبد الرحمن العيسوي- سيكولوجية المجرم، ص٨٢ وما بعدها.

عنهم، ما داموا يؤكدون أنهم عقلاء وأبدانهم سليمة وناضجة بالبلوغ، وإنما هو في الحقيقة وصف لشدة استغراقهم في تحصيل مقتضى أنانيتهم والوصول إلى مراح أنفسهم. وهذه شيمة في الأطفال معقولة ومقبولة لقصور في العقل والبدن، وليست كذلك في الكبار العقلاء.

ومن جهة أخرى فإن القول بأن المصابين بتلك الأمراض النفسية لا يتحكمون في تصرفاتهم وغير قادرين على ضبط سلوكهم، وانهم بالتالي عاجزون عن الاختيار هو مجرد دعوى من الصعب بل من المتعذر إثباتها في شخص معين قام بفعل معين في زمان ماض معين. ولقد حاول بعض علماء القانون الجنائي وبعض التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه وضع معيار لتحديد ما يسلب الإرادة من هذه الأمراض وما لا يسلبها، أسموه (معيار الدافع الذي لا يقاوم). ثم تحيروا في كيفية تطبيقه على الوقائع ليميزوا بين ما يقاوم وما لا يقاوم من الدوافع النفسية، واستقر رأيهم في هذا الأمر على النظر إلى مدى قدرة الجاني على مقاومة الدافع النفسي بافتراض وجود رجال الأمن العام وقت قيامه بجريمته على مرآى منه؛ وذلك بأن يعرض سؤال على الطبيب النفساني أو اللجنة الطبية المختصة تكون صياغته على النحو التالي: - هل كان باستطاعة الجاني أن يقاوم اندفاعه نحو الجريمة فيحجم عنها لو كان يقف في ذلك المكان أحد رجال البوليس مرتديا زيه الرسمي؟ فإذا كانت إجابة الطبيب بالنفي كان دافع الجاني من النوع الذي لا يقاوم وكان غير مسئول، وإلا فلا.[1]

---

(١) كامل السعيد - الجنون أو الاضطراب العقلي وأثره في المسئولية الجنائية ص ٨٦. قتيبة الجلبي - الطب النفسي والقضاء، ص ٧٦، ٧٧. محمد شحاتة ربيع وزميلاه - علم النفس الجنائي، ص ٤٣٩، ٤٤٠.

والحق أن هذا المعيار لا يمكن تطبيقه في الواقع إلا على الأمراض العقلية ذات الأسباب العضوية، التي تمكن الأطباء من رصدها وتحديد آثارها الواقعية، وقد تقدم إمكان اعتبارها لتحديد موانع المسؤولية وفق القواعد الشرعية، وذلك في بعض الحالات. وأما الأمراض النفسية التي لم يعرف لها سبب عضوي والتي ما زال أهل الاختصاص مختلفين في أسبابها، ولم يقدموا أكثر من فرضيات في تفسيرها، فكيف يوثق بجواب الطبيب النفساني على سؤال من النوع السابق سواء أكان نفياً أم إثباتاً ما دام لا يعرف سبباً علمياً محدداً ومبرهناً لمثل المرض القائم في الجاني إلا أن يكون معتمداً في تفسيره على فرضية من الفرضيات؟ وهذا غير مقبول إلا أن يكون الهدف تبسيط الأمور على أي شكل تكون النتائج، وطي الملفات دونما اكتراث بدفع ظلم ولا تحقيق عدالة!

ثم إن هذا المعيار بهذه الصياغة لا يصلح في المنطق ولا في التصور الإسلامي لاستنتاج مدى مقاومة الإنسان الحقيقية لدوافعه النفسية، وبخاصة في ضوء العقوبة الدارجة في هذه الأيام، وهي عقوبة السجن؛ أفلا يتغير الجواب على السؤال السابق لو كانت العقوبة إعداماً أو قطع يد أو جلداً[1]؟ ثم أفلا يتغير الجواب لو كان السؤال على النحو الآتي: -هل كان باستطاعة الجاني أن يقاوم اندفاعه نحو الجريمة لو كان يرى ربه أو لو كان يحس أن ربه يراه، وأنه قادر عليه في الحياة وبعد الممات، وأن

(١) انظر تعقيب الدكتور أحمد سلامة من علماء النفس على قول ريتشارد م. سوين (أحد علماء الأمراض النفسي): (إن برنامج العلاج المثالي للشخصية المضادة للمجتمع لم يوضع بعد) حيث رأى أن الحدود في الشريعة الإسلامية كفيلة بعلاج أمثال هؤلاء المجرمين - هامش ص ٤٤٧ من كتاب علم الأمراض النفسية والعقلية لريتشارد م. سوين. كذلك يرى الدكتور عبد الرحمن العيسوي أن ضعف العقوبات والتراخي في إنزالها على هذا النوع من المجرمين الشواذ يعتبران من الأسباب التي تؤدي إلى تزايدهم وتفاقم مشكلتهم- علم النفس ص ٣٩١.

عقابه أشد العقاب وثوابه أعظم الثواب؟ وإذا كان واضعو ذلك المعيار يعتمدون كما هو ظاهر على أن خوف الإنسان من العقاب هو الذي يخرج ما عنده من قوة الإرادة، أفليس الخوف نفسه درجات بعضها فوق بعض، فيزداد عند العاقل بشدة العقوبة وقدرة المعاقِب وجبروته؟ وهل أعلى درجاته الخوف من الشرطي والعقوبة التي يمثلها؟ ومن الناحية المنطقية يجب أن يفترض في الجاني أعلى درجات الخوف التي يمكن أن توجد في الواقع؛ لأنها هي التي تستخرج جميع ما عند الإنسان من الإرادة. ويقيني أن درجة الخوف من الله تعالى ومن عقابه يمكن أن تكون أشد درجة عند بعض المؤمنين العارفين، وهم طائفة من البشر يمكن أن توجد بلا شك.

إن تلك التساؤلات والافتراضات تظهر مدى قصور ذلك المعيار في قياس إرادة الجاني عند ارتكاب جنايته، اللهم إلا اذا جزم أهل الاختصاص بوجود أسباب عضوية ثبت في فنهم تسببها في مثل الأفعال الإجرامية التي قام بها المريض.

وأما ما ذهب إليه بعض علماء النفس من أن الأمراض النفسية وبخاصة تلك المسماة بالأمراض السيكوباثية لا ينفع في علاجها تعليم ولا تربية ولا عقاب ولا أي نوع من أنواع العلاج[1]، فهذه دعوى يمكن أن تصدق على واقع الحال، ولكنها ليست حقيقة علمية تصدق على جميع الأحوال؛ لأن منطلق أولئك العلماء إنما هو من تشريعات عقابية ومناهج تربوية وتعليمية وعلاجية محددة صفتها الغالبة أنها ليست إسلامية، وتختلف مع مناهج الإسلام في هذه المجالات اختلافاً جوهرية، ولا أظنها كافية في استخراج القوى الخيرة المركوزة في فطرة الإنسان، وإن كان لها القدح المعلى

(١) ريتشارد م. سوين- علم الأمراض النفسية والعقلية، ص٤٤٧. عبد الرحمن العيسوي - علم نفس الشواذ، ص٣٩٠. محمد شحاتة وزميلاه- علم النفس الجنائي، ص٢٥٤، ٢٦٠.

في إبراز طاقاته المادية، فلا يمكن اعتبار تجارب هؤلاء العلماء نهائية، ولا يمكن أخذ الأحكام الإصلاحية والعلاجية من معطياتها.

وخلاصة الرأي عندي في أثر الإعاقات العقلية والنفسية على إرادة الإنسان ومسؤوليته الجنائية أن ما كان منها في عرف أهل الاختصاص ثمرة لآفات عضوية ينشأ عنها بصورة جبرية تصرفات محددة عند المعاق فهو معفى من المسؤولية الجنائية عن هذه التصرفات، ولا يعفى من التصرفات التي لا تنشأ عن تلك الآفات. وأن ما كان منها نفسياً محضاً وغير ناشئ عن أسباب عضوية، فإن كان له أثر في إنقاص القدرات العقلية إلى ما دون الحد المعتبر في التكليف فكذلك، وإلا فلا تعتبر تلك الإعاقات أسباباً للإعفاء.

وأغلب ظني أن هذه النتيجة تتفق مع الرؤية الإسلامية في هذا الموضوع من عدة جهات أهمها: -

أ- أن الإسلام أعفى من المسؤولية الجنائية كل ذي عاهة عن تصرفاته الخاطئة التي يرتبط الخطأ فيها بتلك العاهة ارتباط المسبب بالسبب إذا كانت تلك العاهة بينة ويمكن تحديدها؛ فلا يؤاخذ أعمى ولا أعرج ولا مشلول ولا مدموغ (مصاب بدماغه) بتصرفاته الناشئة عن هذه العاهات؛ فهذه أحكام تدل على الشطر الأول من الرأي الذي ذكرناه.

ب-أن الإسلام لم يعتبر العبودية لهوى النفس سبباً للإعفاء من المسؤولية، بل اعتبرها سبباً لأعظم أنواع المسؤولية؛ والتعبير القرآني في قوله تعالى ﴿أفرأيت من اتخذ إلهه هواه﴾[1] يشير إلى نوع من الناس تنعدم إرادتهم أمام أهواء نفوسهم مع

---

(١) الفرقان ٣٤.

وجود مصدر العلم عندهم وهو العقل؛ وهذا يدلك على أن بناء الإعفاء من المسؤولية في الإسلام على غياب الإرادة أو ضعفها ليس مطلقاً بغض النظر عن سبب ذلك الانعدام أو الضعف الإرادي، فإن كان هوى النفس فلا عبرة به. ومعظم الأمراض النفسية التي يذكرها علماء النفس ولم يستطيعوا ربطها بعلل محددة يمكن رصدها، ويفسرون بها الجناح المزمن والشذوذ الجنسي وشدة الاعتماد على المسكرات والمخدرات، هي من قبيل هذه العبودية التي أشار إليها التعبير القرآني؛ إذ مفهوم الهوى ميل النفس إلى لذاتها الشخصية بغض النظر عن كونها مستلذة لبقية الناس أو غير مستلذة؛ فأكثر الناس يميل إلى لذة الجنس والانتقام والشهرة والمدح والأكل والشرب وغير ذلك. وقد يتلذذ بعض الناس بإلحاق الأذى بنفسه أو بغيره، فيسرق تلذذا بأخذ أموال الآخرين وإن لم يكن له بها حاجة، أو يقتل تلذذاً برؤية الدماء، أو يزني تلذذاً بالاتصال الجنسي، أو بإلحاق العار بمن يتلذذ به. وقد يتلذذ بعض الناس باحراق ممتلكات غيرهم من غير هدف آخر غير تحقيق هذه اللذة وقس على ذلك. وحقيقة عملية التلذذ في نفس الانسان هي موافقة ما يحصل عليه لميله النفسي (هواه)، وقوة التلذذ تتناسب مع مدى المطابقة بين الأمرين ومع قوة الميل، وعالم الميول عالم معقد من حيث أنواعها وتشابكها وكيفية نشوئها ونموها وضعفها واختفائها. ومجاهيل هذا العالم أكثر من واضحاته، وسوف يظل البحث فيه قاصراً عند الفروض والاحتمالات.

وميول الناس النفسية، أي اهواؤهم، كثيرة ومتنوعة، وكثير منها له أصول فطرية وكثير منها مكتسب أو مضاف إلى أصل الفطرة. ومهما كان أصل هذه الميول النفسية فإنه لا يتعلق بها في ذاتها تكليف ولا مسئولية على حدوثها في النفس.

ونشوؤها في النفس لا يعني العبودية لها، وإنما يتعلق التكليف بالأنشطة الإنسانية التنفيذية لمتطلبات تلك الميول، فقد تكون واجبة أو مباحة أو محرمة بحسب الخطابات الشرعية. والمحرم منها ما اشتمل على ضرر بالغير مجتمعاً كان أو فرداً من الأفراد؛ بمعنى أن الإنسان مكلف بمواجهة ميوله النفسية نحو الأضرار بالغير، فإن لم يفعل كان عبداً لهواه، ولا يعذر بقوة ميله النفسي مهما كان سببه؛ فالذي يقتل أو يسرق أو يحرق أو يمارس الشذوذ الجنسي أو غير ذلك من المحرمات متلذذاً فقط بما يفعل يكون متخذاً ميله نحو تلك اللذات سيداً مطاعاً، فيكون عبداً لهواه، ولا يعذر في شرعه الإسلام.

ج- لم يعتبر الإسلام التربية الاجتماعية السيئة خاصة كانت أو عامة عذراً لمن ابتلي بها في الصغر أو الكبر، فقد رفض اعتذار الكفار عن جرائمهم الاعتقادية والعملية بالرغم من أن ظاهر الحال يدل على أنهم كانوا مكبلين بضغوط الأعراف والتقاليد التي فعلت فعلتها في عقولهم ومشاعرهم[1]، علماً بأن كثيراً من المدارس النفسية ترجع الأمراض النفسية إلى مثل تلك التنشئة الاجتماعية.[2]

د- بالنظر في النظام الإسلامي للتجريم والعقاب يجد الناظر أنواعاً من الجرائم اعتبرها موجبة للعقوبات الشديدة في الدنيا والآخرة، ويعدها بعض علماء النفس أمراضاً نفسية، وأن المصابين بها ملجأون إليها ولا يستطيعون عنها حولاً، كاللواط والسحاق ومختلف الشذوذات الجنسية؛ ومن الواضح في القصص القرآني عن

---

(١) ورد هذا المعنى في كثير من الآيات الكريمة مثل: ١٧٠/ البقرة، ١٠٤ / المائدة، ٢٨/ الأعراف، ٧٨/ يونس، ٥٣/ الانبياء.

(٢) محمد عودة وكمال مرسي- الصحة النفسية ص ١٧٦. ريتشارد م. سوين- علم الأمراض النفسية والعقلية، ص ١٤٥. والترج. كوفيل وزميلاه- الأمراض النفسية، ص ١٣٢، ١٣٣.

قوم لوط ووصفه لأساليبهم في التعرض للذكور وعزوفهم عن النساء أنهم كانوا في أعنف أنواع الشذوذ، ومع ذلك لم يعذرهم ربهم، وإنما خسف بهم وشرع لأمثالهم في دينه أشد العقوبات الدنيوية.[1]

هـ- إن كثيراً من الأمراض النفسية التي يذكرها علماء النفس، ولم يستطيعوا أن يتبينوا أي سبب عضوي لها توجد أعراضها في أكثر الناس العاديين بدرجات متفاوتة، وقد تظهر في بعضهم بدرجات من القوة والشدة تشبه إلى حد ما أعراض تلك الأمراض، ولكن في أوقات متفاوتة أو في أوقات الأزمات، ولكنهم يقولون: إنها لا تعتبر أعراضاً مرضية حتى تتصف بالدوام والاستمرار، ولم يستطع أي منهم أن يضع فاصلاً علمياً بين النوعين. وهذا البيان يمكن أن يكون مقبولاً من أهل الاختصاص، لكنه في حقيقته دليل على أن هذه الأمراض لا تصلح أن تكون سبباً للإعفاء من المسؤولية عن جرائمهم؛ لأن المنظور اليه في التشريع والقضاء هو الحالة التي يكون عليها الجاني عند ارتكاب جريمته[2]؛ وهذا يعني أن المعتبر هو نوع المؤثر الذي يؤثر على الإرادة، وليس المنظور إليه حالة الجاني العامّة. وكثير من المجرمين العاديين يرتكبون جرائمهم تحت وطأة انفعالات وقتية أو ثوران شهوة غريزية تشبه في حدتها ونوعها ما يحصل لطائفة من المرضى النفسيين، فيتشابهان في الحالة النفسية عند ارتكاب الفعل، ويجب أن يتساويا في تحمل التبعات، ولو أعفي الجميع لما بقي لقوانين التجريم والعقاب إلا أقل الأثر في إصلاح الناس. فيتبين أن اعتبار هذه

---

(١) ورد ذلك في كثير من الآيات الكريمة منها الآيات: ٧٨-٨٣/ هود، ٨٠-٨٤/ الأعراف، ٢٨-٣٥/ العنكبوت.

(٢) انظر مثلا ما جاء في المادة ٦٢ من قانون العقوبات المصري- قتيبة حلبي - الطب النفسي والقضاء، ص٧٨. ومحمد شحاتة ربيع وزميلاه-علم النفس الجنائي، ص ٤٤٤، ٤٤٥.

الأمراض النفسية التي لا يعرف لها سبب عضوي موانع للمسؤولية فيه مفسدة اجتماعية عظيمة لا يقرها الإسلام.

وهكذا يتبين من تلك المعطيات الشرعية أن الأمراض النفسانية التي لا منبع لها سوى النفس، وليس لها أي سبب عضوي منظور لا تعتبر موانع للمسؤولية في الشرع الإسلامي إلا إذا امتدت آثار تلك الأمراض إلى القدرة العقلية عند الإنسان[1]، فأفقدته أصلاً من أصول الفهم كما قرر العلماء المسلمون.

---

(١) انظر آراء قريبة عند: محمد كمال الدين امام- المسئولية الجنائية- أساسها وتطورها ص ٢١٩، قتيبة جلبي- الطب النفسي والقضاء، ص ٨١، ٨٢. محمد شحاتة ربيع- علم النفس الجنائي، ص٤٤٠. التهامي نقرة- بحث "موقف الشرع في الحكم على المريض نفسيا أو عقليا عند اقتراف ما يوجب الحد أو التعزير" من كتاب (حكم المريض نفسيا أو عقليا في التطبيق الجنائي والإسلامي) ص ٧٠، ٧١.

نتائج البحث

ويمكن تلخيص نتائج البحث فيما يأتي :

١- المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية هي كون الشخص الذي يرتكب محظوراً من المحظورات مطالباً بالجزاء الذي رتبه الشارع على ارتكاب ذلك المحظور .

٢- المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية أثر مترتب على التكليف في حالة عدم الامتثال، وشروطها هي شروط التكليف نفسه .

٣- الشرط العام للتكليف وللمسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية هو قدرة الشخص على امتثال الخطاب الشرعي المتضمن طلباً بفعل أو بكف عن فعل .

٤- والشرط العام المذكور آنفاً يتمثل في توفر نوعين من القدرات البشرية هما : القدرة على فهم الخطاب الشرعي، والقدرة على تنفيذ مضمونه .

٥- شرط القدرة على فهم الخطاب الشرعي يقتضي وجود حد أدنى من القوى العقلية سماها علماء المسلمين بالعقل، وعرفوه بأنه مجموعة من العلوم الضرورية اعتبروها أصولاً لفهم الإنسان لأي تصرف يقوم به . ووصفوها بالضرورية لأنها تحصل لمن تقع له بصورة اضطرارية، أي تلزم نفسه لزوماً لا يسطيع دفعه . ومن لم تقع له لا يستطيع تحصيلها بنفسه، ولا يكون مكلفاً في هذه الحالة، لعدم توفر شرط العقل، بل ولا شرط الإرادة، لأن العقل شرط لتحقّق الإرادة المعتبرة شرعاً . ويترتب على ذلك رفع المسؤولية الجنائية عن ذلك الصنف من الناس إذا ارتكب جرماً .

٦- العلوم الضرورية للفهم اتفق العلماء المسلمون على معظمها وإن اختلفوا في بعضها. ومما اتفقوا عليه منها العلم بالجواز العقلي والعلم بالوجوب العقلي والعلم بالاستحالة العقلية، والتلازم العقلي بين الأثر والمؤثر، والقدرة على إدراك الكليات، وإدراك جنس الضرر والنفع والمفاسد والمصالح.

٧- شرط القدرة على تنفيذ مضمون الخطاب الشرعي لتحقيق المسؤولية الجنائية يتضمن شرط القدرة على الاختيار (الإرادة).

٨- المشترط عند العلماء المسلمين من الإرادة لصحة التكليف وتحقق المسؤولية الجنائية هو جنسها بغض النظر عن قوتها وضعفها. والذي يرفع المسؤولية عندهم هو الانعدام الكلي للإرادة وليس مجرد ضعفها. وهناك حالات استثنائية في الشريعة ترتفع فيها المسؤولية الجنائية بسبب ضعف الإرادة الناتج عن أسباب خارجية محددة كالإكراه والاضطرار. ولكن لا عبرة بالضعف الإرادي إذا كان ناشئاً عن أسباب داخلية وضغوط نفسية إذا لم ينتج عن هذه الأسباب والضغوط تدهور القوى العقلية إلى ما دون الحد المعتبر منها وفق المعيار المشار إليه أعلاه.

٩- الأمراض العقلية والنفسية التي يذكرها أهل الاختصاص كثيرة جداً ومتداخلة في أسبابها وأعراضها، وذات درجات متباينة في الشدة والضعف، ودلالات متفاوتة في التأثير على القوى العقلية والإرادية.

١٠-لتلك الأمراض عند أهل الاختصاص صنفان ميزوا بينهما من حيث الأعراض: أحدهما يجمع تحته كافة الاختلالات التي تصيب الانسان في قواه العقلية وتفقده الصلة بالواقع، واسموها الأمراض العقلية. والصنف الثاني يجمع كافة الاضطرابات الانفعالية التي تقترن عادة بأعراض متعبة كالقلق والضغوط

والإحساس بالقهر والتعاسة مع الاحتفاظ بسلامة الإدراك والاتصال بالواقع .

١١- تقتضي الدقة في تحديد آثار تلك الأمراض على المسؤولية الجنائية النظر في أعراض كل مرض وعدم ربطها نفياً وإثباتاً بعناوين الأمراض واسمائها التي اصطلح عليها أهل الاختصاص . ويحكم بارتفاعها عن كل مريض فقد أصلاً من أصول الفهم المسماة عند علماء المسلمين بالعلوم الضرورية ، أو فقد الإرادة من أساسها . ويحكم بإثباتها لكل انسان اجتمعت عنده تلك العلوم وبقي عنده أصل الإرادة وإن وصف بأنه مريض بمرض عقلي أو نفسي .

١٢-أكثر الأعراض التي يذكرها أهل الاختصاص لما أسموه بالأمراض العقلية تشير إلى فقدان المصابين بها لبعض أصول الفهم التي اشترطها علماء المسلمين لقيام التكليف والمسؤولية الجنائية . لكن بعضها قد لا يصل إلى هذا الحد ولا ينفي المسؤولية الجنائية وإن حُشر في زمرة الأمراض العقلية .

١٣-معظم الأعراض التي يذكرها أهل الاختصاص لما أسموه بالأمراض النفسية لا يؤثر على أصول الفهم عند المصابين بها ، ولا يفقدهم الارادة فقداناً تاماً ، فلا ترتفع المسؤولية الجنائية بها في الجملة . ويستثنى من ذلك بعض أنواعها الخطيرة التي ينشأ عنها حركات اضطرارية تشبه في طبيعتها الحركات اللاإرادية ؛ فترتفع المسؤولية الجنائية عن صاحب هذه الحركات فيما ينشأ عنها من مخالفات .

١٤- هناك دور حيوي وأساسي في مجال تحديد أثر الأمراض النفسية والعقلية على المسؤولية الجنائية يمكن أن يقوم به علماء النفس الحديث وبخاصة علماء النفس الجنائي منهم ، وذلك في مسارين : الأول - إعادة النظر في تحديد أصول الفهم عند الإنسان التي يعتبر توفرها عنده حداً أدنى لفهم الالتزامات الملقاة على عاتقه

والتصرفات التي تصدر عنه، وذلك بالبحث والتجريب والاختبار. والثاني- وضع الكيفيات العملية الملائمة لقياس تلك الأصول اصلاً أصلاً، والتحقق من وجودها عند الشخص أو عدم وجودها عنده.

المراجع

١ - أثر العلل النفسية في المسؤولية الجنائية - أكرم نشأت إبراهيم- بحث في كتاب (حكم المريض نفسيا أو عقلياً في التطبيق الجنائي الإسلامي) - دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب- ١٤١٠هـ- الرياض .

٢ - الأحكام السلطانية- القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين الفراء - نشر مصطفى الحلبي وأولاده- الطبعة الثانية- ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م - مصر .

٣ - الاحكام في أصول الأحكام- سيف الدين الآمدي- طبع القاهرة- ١٩٦٧م .

٤ - إحياء علوم الدين - ابو حامد الغزالي- طبعة دار الشعب- القاهرة .

٥ - الاختيار- عبد الله بن محمود الموصلي- دار المعرفة- الطبعة الثالثة- ١٣٩٥هـ/ ١٩٧٥م- بيروت .

٦ - الإرشاد إلى قواطع الأدلة في أصول الاعتقاد- إمام الحرمين الجويني- تحقيق د/ محمد يوسف موسى وعلي عبد المنعم عبد الحميد- نشر مكتبة الخانجي - مصر .

٧ - أسس علم النفس الجنائي- د/ سعد جلال - دار المطبوعات الجديدة- الاسكندرية .

٨ - أصول الفقه - محمد أبو زهرة - دار الفكر العربي- ١٩٥٨م .

٩ - الأمراض النفسية- والترج . كوفيل، تيموثي د . كوستيللو، فابيان ك . روك- ترجمة د/ محمود الزيادي- نشر مكتبة الفلاح- الطبعة الثانية- ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٦م- الكويت .

١٠ - الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية (دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية) د/ علي حسن عبد الله الشرفي- نشر الزهراء للإعلام العربي- الطبعة الأولى- ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م .

١١ - البحر المحيط في أصول الفقه- بدر الدين الزركشي- تحرير الشيخ عبدالقادر العاني

ومراجعة د/ عمر الأشقر - نشر وزارة الأوقاف بالكويت- الطبعة الثانية ١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م - الكويت.

١٢- بدائع الصنائع- علاء الدين الكاساني- دار الكتاب العربي- الطبعة الثانية- ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢ - بيروت.

١٣- بغية المرتاد في الرد على المتفلسفة والقرامطة والباطنية أهل الالحاد من القائلين بالحلول والاتحاد- شيخ الاسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية- مكتبة العلوم والحكم- الطبعة الثالثة- ١٩٩٥م.

١٤- تبصرة الحكام- القاضي برهان الدين ابراهيم بن فرحون المالكي- على هامش فتح العلي المالك للشيخ عليش- طبع ونشر مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي- ١٣٧٨هـ/ ١٩٥٨م- مصر.

١٥- التدين علاج الجريمة- د/ صالح بن ابراهيم- نشر شركة الرياض- الطبعة الثانية- ١٤١٩هـ- الرياض.

١٦- الترغيب والترهيب- عبد العظيم المنذري- نشر مصطفى الحلبي-الطبعة الثالثة- ١٣٨٨هـ/ ١٩٦٩م- مصر.

١٧- التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي- عبد القادر عودة- مؤسسة الرسالة- ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م.

١٨- التقرير والتحبير- ابن أمير الحاج، شرح كتاب التحرير للكمال بن الهمام- طبع المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق- الطبعة الأولى - ١٣١٦هـ - دار الكتب العلمية- الطبعة الثانية- ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م - بيروت.

١٩- التلخيص في أصول الفقه- إمام الحرمين أبو المعالي عبد الملك الجويني- تحقيق د/ عبد الله النيبالي وشبيّر أحمد العمري- نشر دار البشائر الإسلامية ببيروت ومكتبة دار الباز بمكة المكرمة - الطبعة الأولى- ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.

٢٠- التلويح على التوضيح- سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني- نشر محمد علي

صبيح - طبع دار العهد الجديدة - مصر .
٢١ - التمهيد في أصول الفقه- محفوظ بن أحمد أبو الخطاب الكلواذي- تحقيق د/ مفيد أبو عمشة- نشر مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى- الطبعة الأولى- ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٥م .
٢٢ - التوضيح- صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود البخاري- على هامش التلويح .
٢٣ - تيسير التحرير- محمد أمين المعروف بأمير بادشاه- دار الكتب العلمية- بيروت .
٢٤ - الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي- الجريمة- محمد أبو زهرة- دار الفكر العربي .
٢٥ - الجنون أو الاضطراب العقلي وأثره في المسؤولية الجنائية- د/ كامل السعيد- الطبعة الأولى- ١٩٨٦م - عمان .
٢٦ - حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج- شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة- دار إحياء الكتب العربية- مصر .
٢٧ - حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)- محمد أمين عابدين بن عمر عابدين- مطبعة مصطفى البابي الحلبي- الطبعة الثالثة- ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م- مصر .
٢٨ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير- محمد عرفة الدسوقي- دار الفكر (عن طبعة دار احياء الكتب العربية بمصر) .
٢٩ - دراسات في علم النفس والجريمة- بحيث "المجرمون الشواذ" د/ مصطفى تركي- الطبعة الأولى- ١٩٨٦م- الكويت .
٣٠ - الدراسات النفسية عند المسلمين والغزالي بوجه خاص- عبد الكريم العثمان- نشر مكتبة وهبة- مصر .
٣١ - سيكولوجية المجرم- د/ عبد الرحمن العيسوي- دار الراتب الجامعية- بيروت .
٣٢ - شرح القواعد الفقهية- أحمد الزرقا- نشر دار القلم- الطبعة الثانية ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م - دمشق .

٣٣- شرح غاية السول إلى علم الأصول- يوسف بن حسن بن أحمد بن عبد الهادي الشهير بابن المبرد- تحقيق أحمد بن طرقي العنزي- دار البشائر الإسلامية- الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.

٣٤- شرح المحلي على المنهاج مع حاشيتي قليوبي وعميرة- جلال الدين المحلي- مطبوع على هامش الحاشيتين المذكورتين- دار إحياء الكتب العربية- مصر.

٣٥- شرح المقاصد- مسعود بن عمر الشهير بسعد الدين التفتازاني- نشر عالم الكتب- بيروت.

٣٦- الصحة النفسية في ضوء علم النفس والإسلام- د/ محمد عودة، د/ كمال ابراهيم مرسي- نشر دار القلم- الطبعة الرابعة ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م- الكويت.

٣٧- صحيح مسلم بشرح النووي- المطبعة المصرية- القاهرة- مصر.

٣٨- الطب الشرعي وجرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال- د/ عبد الحكم فودة، د/ سالم الدميري- دار المطبوعات الجامعية- ١٩٩٦م.

٣٩- الطب العقلي والنفسي- الكتاب الأول- علم الأمراض النفسية- التصنيفات والأعراض المرضية- د/ كمال دسوقي- دار النهضة العربية- بيروت.

٤٠- الطب النفسي والقضاء في أسس الطب النفسي الشرعي - د/ قتيبة سالم الجلبي- نشر المكتبة الانجلو مصرية- الطبعة الأولى- ١٩٩٤م- القاهرة.

٤١- الطب النفسي المعاصر- د/ أحمد عكاشة- نشر المكتبة الانجلومصرية- الطبعة الرابعة ١٩٨٦م- القاهرة.

٤٢- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية- ابن قيم الجوزية- تحقيق د/ محمد جميل غازي- مطبعة المدني- القاهرة.

٤٣- عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي- ابن العربي المالكي- دار العلم للجميع

ومكتبة المعارف- بيروت .

٤٤- علم الأمراض النفسية والعقلية- ريتشارد م . سوين- ترجمة أحمد عبدالعزيز سلامة- نشر مكتبة الفلاح- الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م - الكويت .

٤٥- علم النفسي الاكلينيكي- د/ حلمي المليجي- دار النهضة العربية- الطبعة الأولى- ٢٠٠٠م - بيروت .

٤٦- علم النفس الاكلينيكي (مناهج التشخيص والعلاج النفسي) - د/ عبد الستّار ابراهيم- نشر دار المريخ- ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م- الرياض .

٤٧- علم النفس الجنائي- د/ محمد شحاتة ربيع، د/ جمعة سيد يوسف، د/ معتز سيد عبد الله- دار غريب- ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م - القاهرة .

٤٨- علم نفس الشواذ- شيلدون كاشدان- ترجمة الدكتور أحمد عبد العزيز سلامة- مراجعة الدكتور محمد عثمان نجاتي- دار الشروق- ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م- القاهرة .

٤٩- علم نفس الشواذ- د/ عبد الرحمن العيسوي- دار الراتب الجامعية- الطبعة الأولى- ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م - بيروت .

٥٠- فتح الباري بشرح صحيح البخاري- أحمد بن حجر العسقلاني- ترتيب وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي- طبع المطبعة السلطية بمصر .

٥١- الفروق- شهاب الدين القرافي- نشر دار المعرفة- بيروت .

٥٢- في الصحة العقلية- الأمراض النفسية والعقلية والانحرافات السلوكية- د/ سعد جلال- نشر دار الفكر العربي- القاهرة ١٩٨٦م .

٥٣- قواعد الأحكام في مصالح الأنام- عز الدين بن عبد السلام- نشر مكتبة الكليات الأزهرية- طبع دار الشروق- ١٣٨٨هـ/ ١٩٦٨م - مصر .

٥٤- قوة الإرادة- يوسف ميخائيل أسعد- دار غريب- القاهرة .

٥٥- كشف الأسرار شرح المصنف على المنار- أبو البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي (مع شرح الأنوار على المنار للشيخ أحمد المعروف بملاجيون ابن أبي سعيد الصديقي الميهوي) دار الكتب العلمية- لبنان .
٥٦- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي- علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري- نشر دار الكتاب العربي- بيروت- ١٩٩١م .
٥٧- الكليات- أبو البقاء أيوب الكفوي- نشر وزارة الثقافة والإرشاد القومي- الطبعة الثانية- ١٩٨١م- دمشق .
٥٨- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد- الحافظ نور الدين علي بن ابي بكر الهيثمي- نشر دار الكتاب العربي- الطبعة الثالثة ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م- بيروت .
٥٩- محصل أفكار المتقدمين والمتأخرين- فخر الدين محمد بن عمر الخطيب الرازي- نشر مكتبة الكليات الأزهرية- مصر .
٦٠- المدخل إلى علم النفس المرضي الإكلينيكي- إ . م . كولز- ترجمة عبد الغفار لدمياطي وماجدة حامد وحسن علي- نشر دار المعرفة الجامعية- ١٩٩٢م .
٦١- المسؤولية الجنائية "أساسها وتطورها" دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية- د/ محمد كمال الدين إمام- نشر المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ١٤١١هـ/ ١٩٩١م - بيروت .
٦٢- المستصفى- أبو حامد الغزالي- مطبعة مصطفى محمد- الطبعة الأولى ١٣٥٦هـ/ ١٩٣٧م .
٦٣- المصباح المنير- أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي- المكتبة العلمية- بيروت .
٦٤- معالم السنن- حمد بن محمد الخطابي البستي- نشر المكتبة العلمية- الطبعة الثانية ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م- بيروت .
٦٥- المغني- ابن قدامة- دار الكتاب العربي ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م- بيروت .
٦٦- المغني في أبواب التوحيد والعدل- القاضي أبو الحسين عبد الجبار الهمداني- تحقيق

محمد علي النجار والدكتور عبد الحليم النجار ومراجعة الدكتور ابراهيم مدكور- نشر المؤسسة المصرية العامة- الدار المصرية .

٦٧- المنتقى شرح الموطأ- القاضي أبو الوليد الباجي- نشر دار الكتاب العربي- طبعة مصورة عن الطبعة الأولى الصادرة عن مطبعة السعادة بمصر .

٦٨- المنخول من تعليقات الأصول- أبو حامد الغزالي- تحقيق د/ محمد حسن هيتو- نشر دار الفكر- الطبعة الثانية ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م - دمشق .

٦٩- الموافقات- أبو اسحق الشاطبي- دار المعرفة- بيروت .

٧٠- المواقف- عضد الدين عبد الرحمن بن أحمد الايجي مع شرحه للسيد الشريف الجرجاني- طبع مطبعة السعادة- الطبعة الأولى- ١٣٢٥هـ/ ١٩٠٧م- مصر .

٧١- الموسوعة الفقهية ج٢٨ الطبعة الأولى ١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م و ج١٧ الطبعة الثانية ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م - نشر وزارة الأوقاف - الكويت .

٧٢- موقف الشرع في الحكم على المريض نفسياً أو عقليا عند اقتراف ما يوجب الحد او التعزير- بحث للدكتور التهامي نقرة من كتاب : حكم المريض نفسياً أو عقلياً في التطبيق الجنائي الاسلامي- سبق التعريف به .

٧٣- المهذب- أبو اسحق الشيرازي- مطبعة عيسى البابي الحلبي- مصر .

٧٤- ميزان الأصول في نتائج العقول- علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي- مطابع الدوحة الحديثة- الطبعة الأولى- ١٩٨٤- قطر .

٧٥- نصب الراية لأحاديث الهداية- جمال الدين الزيلعي- مطبعة دار المأمون بمصر ١٩٣٨م .

٧٦- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار- محمد بن علي الشوكاني- نشر رئاسة إدارات البحوث العلمية بالمملكة العربية السعودية- الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م- دار الفكر- بيروت .

٧٧- الواضح في أصول الفقه- أبو الوفا علي بن عقيل الحنبلي- تحقيق د/ عبد الله

التركي- مؤسسة الرسالة- الطبعة الأولى- ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م- بيروت .

٧٨- الهداية- برهان الدين أبو بكر المرغيناني- نشر وطبع مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي- مصر .



الإيجاب والقبول

في القانون المدني الأردني والمقارن

المبدأ وتطوره

إعـــداد

د. يزيد أنيس نصير *

---

* أستاذ القانون المدني المساعد ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية– قسم الدراسات القانونية – جامعة آل البيت .

ملخص البحث

تناولت الدراسة في الفصل الأول التطور التاريخي لمبدأ الإيجاب والقبول في القانون الروماني والفقه الإسلامي وإقرار الفقه الإسلامي للإيجاب والقبول وتطوره في القانون الفرنسي ووسائل التعبير عن الإرادة فيه وكيف قرب هذا المبدأ من الفقه الإسلامي، وتطوره في النظام الانجلو سكسوني ووسائل التعبير عن الإرادة فيه . كما بينت الدراسة أيضاً في الفصل الثاني الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث في الإيحاب والقبول في فرنسا وانجلترا وماتعرض له كل منهما من انتقادات فقهية وقضائية مع بيان أنواع العقود التي تبرم بين أطراف عديدة .

وقد خصص الفصل الثالث لبحث الإيجاب والقبول في القانون الأردني من خلال توضيح طرق التعبير عن الإرادة وكيف استمد القانون الأردني مواده من مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران ومن القانون المدني المصري .

المقدمة:

إن العقد لايتم إلا بارتباط إيجاب بقبول . هذه هي قاعدة أساس من القواعد التي بنيت عليها نظرية العقد . وهي قاعدة تفترض تفاوضاً مباشراً بين طرفين اثنين . إلا أن ذلك لم يعد يتفق مع التطورات التجارية والاقتصادية وما واكبها من تطور في عالم الاتصالات . إننا نشهد عقوداً يتعدد أطرافها وعقوداً تكثر المراسلات بشأن إبرامها بحيث يتعذر معرفة الموجب أو القابل . كما أننا نشهد عقوداً تبرم دون إيجاب وقبول . على ضوء ذلك فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو : هل لايزال مبدأ الإيجاب والقبول يحتفظ بتلك الأهمية في مسألة إبرام العقد أم إن هناك آليات أخرى يتم فيها الإبرام؟

الفصل الأول

التطور التاريخي لمبدأ الإيجاب والقبول

القانون الروماني:

إن القانون الروماني لم يتضمن تعريفاً للعقد يمكن له أن يرشدنا على كيفية إبرامه، حيث إن كلمة Contractus قد استعملت دون تحديد ثابت(1). غير إنه من الممكن معرفة الآلية التي كان العقد يبرم فيها من خلال دراسة العقود التي كانت معروفة في القانون الروماني. إن أول عقدين كانا معروفين لدى الرومان هما النيكسوم Nixum (عقد القرض) والمانيسيباشن Mancipation (عقد البيع بالقبض باليد)، وكلاهما عقدان شكليان حيث كان يتم إبرامهما عبر إجراءات شكلية هي وزن كمية من النحاس كثمن وقبض باليد وحضور خمسة شهود والتلفظ بكلمات محددة. إن هناك من يرى أن عقد المانسيباشن لا يشكل عقداً للبيع بل هو أقرب إلى المبادلة لإن عملية نقل الشيء المبيع ووزن النحاس كان جزءاً من عملية البيع وملكية الشيء المبيع لا تنتقل إلا عندما يتم وزن النحاس فقط كما وأن النحاس لم يكن يعطى إلا عند إعطاء الشيء المبيع وعندما يتم كل من هذين العملين فإنه لا يترتب أي التزام على الطرفين وهذا خلاف عقد البيع الذي يعني نقل ملكية شيء مقابل مبلغ نقدي حيث أنه بمجرد أن يتم الاتفاق يترتب الإلتزام على كل طرف - تسليم المبيع ودفع الثمن، إلا أنه في مرحلة لاحقة أصبحت عملية وزن النحاس تتم بشكل رمزي حيث عندئذ كان يمكن نقل ملكية المبيع دون استلام الثمن مما ينشأ عنه ترتب التزام على أحد

(1) W. Lee. The Elements of Roman law. 4th. Ed. 1956. Sweet and Maxwell, London. P. 285.

طرفي العقد[1] .

إن النقلة النوعية في القانون الروماني في مجال العقود جاءت عندما ظهر عقد السيتيبولاشن Stipulation (التعهد) وهو عقد يبرم شفاهة عبر سؤال وجواب ولا يتطلب أي شكلية ما أو شهود أو كتابة ، حيث كان المتعهد له يوجه إلى الطرف الآخر سؤالاً : هل تستطيع أن تعد بدفع مبلغ ١٠٠٠ سيستر لي أو : هل تستطيع أن تعد ببناء منزل لي فإذا أجاب الطرف الآخر " نعم " يتم العقد . لقد أصبحت هذه الآلية في إبرام العقد تستخدم لكثير من أنواع العقود ، إلا أن عقد التعهد بقي عقداً شكلياً لأن تبادل السؤال والجواب وبحد ذاته هو الذي كان ينشئ العقد وبغض النظر عن نية الطرفين ، وقد كانت الألفاظ المستعملة في صيغة السؤال والجواب ألفاظا محددة ثم لاحقاً كان يمكن التلفظ بأي كلمات واستمر ذلك إلى سنة ٤٧٢م حيث أصدر الإمبراطور ليو قانونا ينص على أن التعبير عن الإرادة يمكن اعتباره كافياً لإنشاء العقد[2] . إن من عيوب السيتيبولاشن إنه كان يرتب التزاما على طرف واحد فقط هو الذي يوجه إليه السؤال إذا أجاب إيجابا ولكن كان يمكن أيضا بتبادل السؤال والجواب بين الطرفين أن يترتب التزام على كل منهما ، كما إن هذا النوع كان يتطلب تواجد الطرفين شخصياً لإبرامه[3] .

---

(١) H. F. Jolowicz. Histroical Introduction to the Study of Roman Law 1939. Cambridge Univ. Press, p.p 165-167.

(٢) انظر لي . مصدر سابق . ص٢٩٧ .

(٣) P. Stien. Legal Institution. The development of dispute settlement. Butttesworths, London. 1984. p.p 185-186.

إن تبادل السؤال والجواب من قبل الطرفين قد يبدو أنه مشابه لتبادل الإيجاب والقبول، إلا أن صيغة السؤال لا يمكن أن تكون إيجابا لأن من الشروط الأساسية للإيجاب أن يعبر عن إرادة جازمة وباتة للموجب برغبته بالتعاقد على شروط محددة وهذا ما يتنافى كلياً مع صيغة السؤال.

باستعراضنا لجميع أنواع العقود التي كانت معروفة في القانون الروماني سواء أكانت عقوداً عينية أو عقوداً لفظية أو عقوداً كتابية أو رضائية[1]، فإننا لم نعثر على مبدأ الإيجاب والقبول كآلية استخدمت لإبرام هذه العقود الأمر الذي يدعونا إلى القول أن فكرة الإيجاب والقبول لم تكن معروفة في القانون الروماني.

الفقه الإسلامي:

إن وسيلة إبرام العقد في الفقه الإسلامي تختلف اختلافاً كلياً عما كان عليه الأمر في القانون الروماني. فالفقه الإسلامي لا يعرف عقوداً شكلية كما أن صيغة السؤال والجواب تخالف تماما الآلية التي أقرها الفقه الإسلامي.

إن الذي يدرس العقود في الفقه الإسلامي يرى أن فكرة الإيجاب والقبول هي فكرة متأصلة في هذا الفقه، فتعريف العقد في الفقه الإسلامي هو ارتباط إيجاب بقبول[2]. وسواء أكان العقد هو تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعاً على وجه

---

(١) لمزيد من التفصيلات راجع: لي. مرجع سابق ص ٢٩١-٣٤٤ وكذلك جولوويكس- مرجع سابق ص ٢٩٢-٣٢٠.

(٢) "العقد هو ارتباط ايجاب وقبول" حاشية ابن عابدين ج٢، ص٢٦١. "العقود ما توقف على ايجاب وقبول" الدسوقي على الشرح الكبير ج٣، ص٥-٦. "العقد هو الإيجاب والقبول" ابن رشد- بداية المجتهد ج٢، ص ١٨٥". البيع ليس إلا الإيجاب والقبول" ابن الهمام فتح القدير ٥/ ٧٤. هذا فيما يتعلق في الفقة الحنفي، أما بقية المذاهب فتؤكد إن ركن العقد لا يقتصر على الإيجاب والقبول فهناك أيضاً العاقدان والمعقود عليه. أنظر في الفقة المالكي الدردير، الشرح الكبير: ٣/ ٢ والشهاب القرافي. الفروق ج٢ الفرق٧٠. =

يثبت أثره في المحل أو ما يتم به الارتباط بين إرادتين من كلام أو غيره[1]، فإن هذا التعلق أو الارتباط إنما يتم بين طرفين عبر آلية الإيجاب الصادر من أحدهما والقبول الذي يأتي رداً على هذا الإيجاب من الطرف الآخر. إن الإيجاب والقبول هما ركن العقد كما يرى الأحناف ولهذا جاءت المادة (١٠٣) من مجلة الأحكام العدلية ونصت على أن العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول وكذلك المادة (٢٦٢) من مرشد الحيران حيث عرفت العقد بأنه ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر.

إن من الجدير بالملاحظة هو أن مجلة الأحكام قد أخذت بفكرة التسلسل الزمني لصدور اللفظين عن الطرفين لتحديد من منهما يشكل الإيجاب ومن منهما يشكل القبول حيث إن اللفظ الذي يصدر أولاً هو الإيجاب واللفظ الذي يصدر ثانيا هو القبول[2] وذلك بغض النظر عن الطرف الذي صدر عنه ذلك سواء هو المالك أو المتملك.

إقرار الفقه الإسلامي للإيجاب والقبول:

إن النية تشكل عنصراً أساسيا في إبرام العقد وإن المدى الذي قد يأخذ به النظام القانوني للنية توسيعاً أو تضييقاً إنما يرجع إلى اعتبارات الثقة ومتطلبات استقرار التعامل بين الناس. لا يوجد نظام قانوني يأخذ بالنية، كأحد العناصر في عمليةإبرام

= وكذلك أنظر في الفقة الحنبلي البهوتي كشاف القناع ٣/ ١٤٦ وكذلك في الفقه الشافعي. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣.

(١) محمد سلام مدكور- المدخل للفقه الإسلامي ص٥-٦.

(٢) م (١٠١) و (١٠٢) من مجلة الأحكام.

العقد، ولا يتطلب أن تبرز تلك النية أو يتم إظهارها إلى حيز الوجود[1]. فلا يوجد ما يدعو أي نظام قانوني للجوء إلى التخمين والتوقع للوصول إلى افتراض وجود نية لم يتم التعبير عنها صراحة أو ضمناً.

إن الفقه الإسلامي بتعريفه للعقد على أنه ارتباط إيجاب بقبول إنما اخذ بالنزعة الموضوعية في إبرام العقد، فالإرادة الظاهرة عبر الألفاظ المستعملة في صيغة الإيجاب والقبول هي العامل الأساسي في تكوين العقد وهي تعتبر دليلاً على الإرادة الحقيقية، ولذا فهي المعتبرة في مسألة الإبرام وفي تحديد مدى الالتزامات الناشئة عن العقد[2]. أما الإرادة الباطنة أو النية فلا اعتبار لها في تكوين العقد إلا إذا صدر ما يدل عليها.

لقد رأى الفقهاء المسلمون أن خير طريقة يتم بها التعبير عن الإرادة هو الإيجاب والقبول وأن خير وسيلة لإبراز الإيجاب والقبول إنما يتم باللفظ ولهذا فقد كان تركيز الفقه الإسلامي على الألفاظ المستعملة في الإيجاب والقبول وصيغها اللفظية والقواعدية مما دفع البعض إلى الظن أن الفقه الإسلامي يأخذ بشكلية لفظية في إبرام العقد[3].

(١) Chestin, Traite de droit civil. 11 (Les obligations- Le Contrat: Formation) (2nd. Ed. Paris 1988) no. 278.

(٢) مصطفى الزرقاء. المدخل الفقهي العام. دمشق ١٩٦٥، ج١ ص٣٥٣-٣٥٤. هذا وقد جاء في الروض النضير للسياغي من الفقة الزيدي " لما كان البيع وغيره من المعاملات بين العباد أموراً مبنية على فعل قلبي وهو طيبة النفس ورضى القلب وكان ذلك أمراً خفياً أقام الشرع القول المعبر عما في النفس مقامة وناط مقام الحكم الخفية في تعليق الأحكام بها ".

(٣) نفس المرجع ص ٣٣٥-٣٣٩. رداً على رأي شفيق شحادة. إنظر الهامش. هذا ونضيف أن بعض الفقهاء يشترطون أن يتم الإيجاب والقبول قولاً لا كتابة، إلا أن أساس العقد هو الآية الكريمة " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " وهذه الآية تلزم المسلمين بتنفيذ عقودهم وليس هناك أي قيد على ذلك طالما توفر الرضى " عن تراضي منكم ". أما الإيجاب =

إن اهتمام الفقه الإسلامي باللفظ كوسيلة للتعبير عن الإرادة له ما يبرره من اعتبارات عملية وواقعية ففي مجتمع تغلب فيه الأمية لا يمكن إن تعطي الكتابة مركزاً أعلى من اللفظ، إن معظم النظم القانونية الحديثة تتطلب أن يتم إبرام العقد كتابة، وهذا أيضا يرجع في حقيقته إلى اعتبارات عملية فالعقد المكتوب اقل عرضة لإساءة التفسير من طرفيه أو للخطأ في تفسيره من القضاء مما عليه الأمر في العقود التي تبرم شفاهة أو في عقود المعا طاه فالكتابة تسهل للمحكمة مهمتها في تقرير وجود العقد وفي تقرير شروطه من خلال تفسير الوثيقة دون الذهاب إلى وقائع وحقائق التصرف القانوني وتفصيلاته. إن هذا التطور في النظم القانونية كان مرافقاً للتطور في التجارة ووسائلها وانتشار التعليم وتزايد قدرة الأفراد على القراءة والكتابة. لهذا فإنه حيث لا تكون الكتابة هي السائدة في مجتمع ما، وحيث لا تكون العلاقات التجارية قد وصلت إلى مستوى عال من الازدهار فإنه لا يمكن إعطاء الكتابة تلك الأهمية كاللفظ في إبرام العقد. وعلى ذلك جرى الاهتمام باللفظ والصيغة في الفقه الإسلامي إن ما يهمنا هو التأكيد على أن آلية الإيجاب والقبول هي من وضع الفقه الإسلامي وهي قديمة قدم هذا الفقه نفسه.

القانون الفرنسي:

إن دراسة تطور الفقه الفرنسي تظهر أن مبدأ الإيجاب والقبول قد ظهر في فرنسا في القرنين السابع عشر والثامن عشر مع تطور نظرية الالتزام نفسها. إن نظرية

= والقبول فلا نص فيه وإنما هو العقد نفسه إذ الغالب فيه أن يكون بالصيغة اللفظية قولاً أو كتابة والإشارة تقوم مقام العبارة عند الحاجة . . . والفعل أبلغ من القول في حصول المقصد فكل قول أو فعل يعده الناس عقداً فهو عد. أنظر محمد رشيد رضا، تفسير المنار ٦/ ١٢٠، ١٢٤.

الالتزام كما هو معروف قد أخذت بالرضى كأساس للالتزام وبالتالي كان عليها أن تُقر عُقوداً خارج إطار العقود المسماة وهذا ما أوجب وَضع آلية محددة لإبرام مثل هذه العقود الجديدة. لقد كان لا بد لهذه الآلية أيضا إن تؤسس على مبدأ الرضى نفسه حيث إن الرضى المتبادل بين الطرفين هو الوسيلة التي يتم بها إبرام العقد. فالطرف الذي يرغب بإجراء عقد ما كان لا بد له إن يبدي رغبته بذلك للطرف الآخر وهذا بدوره أما أن يستجيب لرغبة الطرف الأول بالموافقة أو بعدمها. إن الفقيه الفرنسي بوتيه Pothier هو الذي وضع أساس مبدأ الإيجاب والقبول في كتابه (Traite des obligation) والذي تم طباعته في النصف الثاني من القرن الثامن عشر (١٧٦١-١٧٦٤)[١].

إن القانون المدني الفرنسي لم ينص على مبدأ الإيجاب والقبول كآلية لإبرام العقد كما وأنه لا يتضمن أي قاعدة بهذا الخصوص، إنما ركز هذا القانون على مبدأ الرضائية ولهذا فإن تعريف العقد كما ورد في المادة (١١٠١)[٢] على أنه هو اتفاق بموجبه يتعهد شخص أو اكثر تجاه شخص أو اكثر بإعطاء شيء أو القيام أو عدم القيام بعمل. وهذا التعريف يختلف اختلافاً كبيراً عن تعريف العقد في الفقه الإسلامي. ولمعرفة فيما إذا كان هناك اتفاقاً قد تم التوصل إليه بين الأطراف فإن المحكمة تقوم بفحص جميع الظروف للتأكد فيما إذا كان هناك إيجابا قد صدر عن أحد الطرفين وقبولاً لهذا الإيجاب صدر عن الطرف الآخر، وعادة ما يتم تحليل كل من الإيجاب

---

(١) B. Nicholas. The French Law of Contract. 2nd.ed. Clarendon Press. Oxford 1992 P. 62.

(٢) Art. 1101 "Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou Plasieurs autres, a donner, a` fair ou a` ne pas faire queleque chose".

والقبول بشكل منفصل[1]. فالقضاء الفرنسي يشارك الأنظمة القانونية الأخرى بتحليلها عملية إبرام الاتفاق على أساس إيجاب وقبول.[2]

وسائل التعبير عن الإرادة في القانون الفرنسي:

لم ينص القانون الفرنسي على وسائل معينة لإعلان الإرادة (declaration de volonte) ولهذا فإن تصنيف هذه الوسائل هو تصنيف فقهي. إن من الممكن لأي وسيلة إن تستخدم لإبرام العقد، وهكذا فإن العقد يمكن إبرامه بواسطة الكتابة أو اللفظ أو الإشارة أو الايماءة[3].

إن العقد وبشكل أساسي يتطلب التقاء أو تزامن التعبير عن إرادتين عبر التصريح بالإيجاب من جهة والقبول لهذا الإيجاب من جهة أخرى[4]. بشكل عام فإن إعلان القبول قد يتم كتابة أو شفاهة أو إشارة كما وقد يكون صريحاً أو ضمنياً[5].

إن الإعلان عن الإرادة يكون صريحاً عندما تكون الوسيلة وبحد ذاتها تدل على النية الداخلية للشخص بينما يكون ضمنياً عندما يكون تصرف الشخص المعني وعلى ضوء الظروف المحيطة أو المرافقة لهذا التصرف تدل على نية التعاقد[6]. وكما يقول الفقيه كاربونيه Carbonier إن التعبير الصريح عن الإرادة يحتوي على نيتين للشخص معاً الأولى هي نية الدخول في عقد والثانية هي نية إبلاغ هذا الأمر للطرف

(١) Amos and Walton`s Introduction to French Law. 3ird.ed. 1967. Clarendon Press. Oxford, P. 154.

(٢) نيكولاس. مرجع سابق. ص٦١.

(٣) R. David. Introduction au droit civil Francais (1960) 11. P. 157.

(٤) C. Aubry et C. Rau, Cours de droit civil Francais. IV. 6th.ed, no 343. p.p 303-304.

(٥) نفس المرجع.

(٦) H. L et J. Mazeaud, Lecons de droit civil 8th. ed. 1991 (by chabas) No 131. P. 119.

الثاني بينما التعبير الضمني لا يحتوي على نية الطرف بإعلام الطرف الآخر حيث تستخلص هذه النية من الظروف المحيطة[1] .

هل مبدأ الإيجاب والقبول تسرب إلى القانون الفرنسي من الفقه الإسلامي؟

كما رأينا فإن الإيجاب والقبول لم يكن معروفاً في القانون الروماني الذي هو المصدر التاريخي للقانون الفرنسي، بالإضافة إلى أن الإيجاب والقبول لم يظهر في الفقه الفرنسي إلا متأخراً وعلى يد بوتيه، إن هذا الأمر يدعونا إلى التساؤل : هل من الممكن إن يكون المبدأ قد تسرب إلى الفقه الفرنسي من الفقه الإسلامي؟ .

لقد أشار شاخت Schacht إلى مقال للمفكر المغربي علال الفاسي أكد فيه هذا الأخير أنه وعلى الرغم من أن الفقهاء الفرنسيين لم يشيروا إلى الفقه الإسلامي كأحد المصادر التي اعتمد عليها القانون الفرنسي، إلا أن المذهب المالكي كان مصدراً أساسيا لهذا القانون. لقد سيطر المسلمون على أسبانيا وجنوب فرنسا في القرن الثامن حيث تسربت أحكام الفقه الإسلامي إلى أوروبا وحتى بعد هزيمة المسلمين في معركة بواتيه (بلاط الشهداء) فإن أوروبا بقيت تحت التأثير الإسلامي حتى نهاية القرن الخامس عشر، ولهذا فإنه لا يمكن إنكار التأثر الأوروبي بالفقه الإسلامي وخاصة أنه لم يكن هناك قانونا مدوناً في أوروبا. لقد أكدّ الفاسي أن دراسة قانون نابليون تنبئ أن هناك تطابقاً بين أحكامه وبين أحكام الفقه المالكي بمقدار تسعين بالمائة. ومع أن شاخت يُنكر هذا الكلام[2]، إلا أننا نميل إلى الجزم بأن الفقه الفرنسي على الأقل قد أخذ مبدأ الإيجاب والقبول عن الفقه الإسلامي ومما يعزز هذا الرأي أن القانون الفرنسي قد

(1) J. Carbonier. Driot Civil, 4 Les obligation. 14th. ed. 1990, Paris. No 34. P.80.

(2) L. Schacht. Problems of Modern Islamic legislation. In " Islamic Law and legal Theory" ed. E. Edge. Dartmouth (1996). P 515, at 543-44

أخذ بأحكام المذهب المالكي بشأن الإيجاب والقبول في عقد الهبة[1] إذا اشترط أن يصدر الإيجاب عن المملك وأن يصدر القبول عن المتملك .

النظام الأنجلوسكسوني:

يؤكد معظم الفقه الإنجليزي أن مبدأ الإيجاب والقبول قد أخذ به القانون الإنجليزي في القرن التاسع عشر بتأثير الفقيه الفرنسي بوتيه والذي تم ترجمة مؤلفه السابق الإشارة إليه إلى الإنجليزية ونشره عام ١٨٠٦ ، وكان هذا الكتاب كما يقول أستاذنا فرمستون Furmston يعتبر حجة في المرتبة الثانية بعد قرارات المحاكم[2] . هذا وقد أخذ القضاء الإنجليزي بتحليل إبرام العقد على أساس مبدأ الإيجاب والقبول منذ عام ١٨١٨[3] على هذا الأساس فإن مبدأ الإيجاب والقبول يعتبر مبدأ دخيلاً على القانون الإنجليزي وبالتالي فإننا لا نجد له جذوراً تاريخية في تطور نظرية العقد في إنجلترا ، وهذا يؤكد أن الفقه الغربي بنظاميه اللاتيني والأنجلوسكسوني لم يكن يعرف الإيجاب والقبول إلا بعد مضي عدة قرون على نشأة المبدأ في الفقه الإسلامي .

وسائل التعبير عن الإرادة في النظام الأنجلوسكسوني:

إن مدونة العقد الثانية في الولايات المتحدة قد عرفت العقد بأنه تعهد Promise أو مجموعة من التعهدات والتي يرتب القانون على عدم الوفاء بها مطالبة أو تنفيذ

---

(١) المادة (٨٩٤) من القانون المدني الفرنسي .

(٢) Cheshire, Fiffot and Furmston's Law of Contract. 11th. ed. (1986) Butterworth. P. 17.

(٣) Adams v. Lindsell (1818) I B and Ald. 681.

يعترف به القانون كواجب[1] . وكذلك نص القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة على إن العقد هو مجموع الالتزامات القانونية الناتجة عن اتفاق الطرفين كما يقرها القانون[2] . وليس بعيداً عن هذه التعريفات التعريف الذي يقدمه الفقه الإنجليزي فالعقد هو الاتفاق الذي ينشأ عنه التزامات يمكن تنفيذها أو الاعتراف بها قانونا[3] . فالعقد حسب هذه التعريفات أما إن يعرف على أساس أنه تعهد Promise يقطعه كل طرف على نفسه أو على أساس أنه اتفاق Agreement وفي كلتا الحالتين فلا بد للعقد من آلية لإبرامه وهذه الآلية التي يأخذ بها الفقه الأنجلوسكسوني هي الإيجاب والقبول. أما بالنسبة للإيجاب فإنه يعرف على أنه التعبير عن الرغبة في التعاقد على شروط محددة كما وأن القبول أيضا يعرف بأنه التعبير عن الرضى والموافقة غير المشروطة على شروط الإيجاب[4] . كما ويتم أحيانا تعريف الإيجاب على أنه التعهد المعطى والمشروط على استلام شيء كمقابل[5] . أما بالنسبة إلى وسائل التعبير عن الإرادة في الفقه الأنجلوسكسوني فقد تكفلت المادة (١٨١٩)[6] من مدونة العقد الأمريكية الثانية بالنص عليها حيث نصت هذه المادة على أن إظهار الرضى والموافقة

(١) Restatement Second, S.l. a contract is " a promise or set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty".

(٢) U.C.C. S.l. 201 (11). " Contract" means Total legal obligation results from the parties a greement as affected by the act and any other applicable rules of law".

(٣) G. H. Treitel, The Law of Contract. 8th.ed. (1991) Sweet and Maxwell. Londodn, p.1,

(٤) ترايتل، مرجع سابق، ص٨و ١٦ . ايضا فرمستون- مرجع سابق، ص٢٤ .

(٥) J. Collins and Others. Business law. Text and Cases. John Wiley and Sons 1986 p. 169.

(٦) "The manifestation of assent may be made wholly or partly by a written or spoken words or by other acts or by failure to act."

ربما يتم كلياً أو جزئياً بالكلام المكتوب أو الكلام المتلفظ به أو بواسطة أفعال أخرى أو بواسطة عدم التصرف أو عدم القيام بفعل .

إن معظم الفقه الأنجلوسكسوني يتكلم عن التعبير عن الإرادة الصريح والتعبير عنها ضمنياً ، فالصريح هو ما يتم باللفظ والضمني هو ما يتم بالفعل أو عدم الفعل[1] .

وكذلك فإن معظم الفقه يتحدث عن العقود الصريحة والعقود الضمنية ، فالعقود الصريحة هي ما يتم الاتفاق على شروطها صراحة سواء شفاهة أو كتابة بينما العقد الضمني هو العقد الذي تستخلص شروطه من الظروف المحيطة بعملية التعاقد[2] .

إن الفقه الأنجلوسكسوني بشكل عام لم يهتم كثيراً بوسائل التعبير عن الإرادة ، وقد يرجع هذا إلى مفهوم العقد نفسه ، حيث لا تلعب النية دوراً في إبرام العقد كتلك التي أعطاها لها النظام اللاتيني . فالنظام الأنجلوسكسوني يأخذ بالمعيار الموضوعي في إبرام العقد ، فالاتفاق ليس حالة ذهنية ولكنه تصرف يستخلص من أعمال الطرفين . إنه لا يتم النظر إلى نية الطرفين بل ينظر إلى ما تلفظا به أو دوناه أو عملاه ، فالأمر المهم هو المظهر الخارجي للاتفاق ، وكما يقول القاضي[3] الإنجليزي بريان بهذا الشأن " إن نية الشخص لا يمكن محاولة اكتشافها حيث أن الشيطان نفسه لا يعرف نية الشخص " . وهذا ما يجعل الفقه الأنجلوسكسوني قريباً إلى الفقه الإسلامي الذي لا يحفل أيضا بالنية .

---

(١) جون كولنز وآخرون، مرجع سابق، ص١٧٠ .

(٢) J. Adamson. Basic Law and The legal Environment of Business, Irwin. 1995. P. 101.

(٣) " The intent of a man can not be tried, for the Devil himself knows not the intent of a man" Anon (1477) Y. B 17ed W4. Fol p.12.

القانون الألماني:

إن القانون المدني الألماني BGB لايحتوي على تعريف للعقد ولكن مفهوم العقد كاتفاق يمكن استنتاجه من خلال النصوص الخاصة بالعقد وكذلك من المادة (٣٠٥) والخاصة بالتصرف القانوني[١]. كما وإن هذا القانون لم يتناول مسألة إبرام العقد بشكل تفصيلي لأنه يعتبر العقد نوعاً من أنواع التصرف القانوني Rechtsgeschaft، والتصرف القانوني له مفهوم واسع بحيث إنه يشمل جميع أنواع الإعلان عن الإرادة التي يقصد بها إحداث علاقات قانونية. إن القانون الألماني ومن خلال بعض النصوص يعبر ضمناً على أن العقد يتم إبرامه من خلال اتفاق متبادل بين الطرفين[٢].

لقد استخدم القانون الألماني تعبير إعلان الإرادة Willenserklarungen بخصوص إبرام العقد، ولإعلان الإرادة جانبان: جانب داخلي وهو الإرادة نفسها وجانب موضوعي وهو التعبير المادي عن هذه الإرادة، وهذا الجانب الموضوعي يتم بكلمات أو إشارات أو بتصرفات ذات مدلول معين[٣]. وفي الوصول إلى كنه وحقيقة إعلان الإرادة وعلى الرغم من إن المادة (١٣٣) من القانون المدني إشارت إلى وجوب البحث عن القصد الحقيقي وليس اللجوء إلى المعنى اللفظي للكلمات

(١) وهي المواد (١١٦) و (١١٨) و (١٥١) و (١٥٥) أما المادة (٣٠٥) فهي تنص على ما يلي:
" zur Begrundung eines Schuldverhaltnisses durch Rechtsgeschaft sowie zur Anderung des Inhalts eines Schuldverhaltnisses ist ein vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt".
"يلزم وجود عقد بين الطرفين في التصرف القانوني الذي ينشيء التزاماً أو يلغيه، ما لم ينص القانون على غير ذلك ".

(٢) المواد (١٥٤) و (١٥٥).

(٣) N. Horn and H. Kotz and H. Leser, German Private and Commerical Law: An Introduction. Clarendon press. Oxford 1982 p. 75.

المستعملة ، إلا إن هذه المادة فسرت تفسيراً مخالفاً حيث يجب أن ينظر إلى التعابير والألفاظ المستعملة نظرة موضوعية وكما يمكن للطرف المتلقي لها إن يفهمها فالمعنى الذي يمكن استخلاصه موضوعياً هو المعنى الذي يحدد كنه إعلان الإرادة . لقد اقر هذا التفسير من اجل إعطاء حماية أكبر للطرف الذي يقوم فعلاً بالاعتماد على أو الثقة بإعلان الإرادة وكذلك لحماية استقرار التعامل التجاري . إن محتوى التعبير عن الإرادة هو ما يمكن لمن تلقى هذا التعبير فهمه منه[1] . مثل هذا التفسير الموضوعي هو ما تؤيده المادة (١٥٧) من القانون المدني حيث أنها أشارت إلى أنه عند تفسير العقد فإن معيار التعامل النزيه وما يجري العمل به يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار وهذه أمور موضوعية ليس لها أدنى علاقة بالنية .

---

(١) BGHZ 36, 30, 33; RGZ 131, 343, 350.

الفصل الثاني

الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث في الإيجاب والقبول

إن ما نقصده بالاتجاه التقليدي في مسألة الإيجاب والقبول هو أمران : -

الأول : هو أن العقد يبرم نتيجة لإيجاب صادر من طرف وقبول صادر من طرف أخر ، والثاني : هو أن التعبير الصادر أولاً عن أحد الطرفين هو الإيجاب بينما التعبير الصادر تالياً على ذلك هو القبول .

إن جميع النظم القانونية المعاصرة تقوم بتحليل عملية إبرام العقد على أساس إيجاب صادر عن طرف وقبول صادر عن طرف آخر ، والإيجاب والقبول كآلية لإبرام العقد مبدأ متأصل في النظم القانونية . هذا المبدأ قد يتناسب مع العقود البسيطة ثنائية الطرفين عندما يكون بالإمكان استخلاص الإيجاب والقبول من خلال الألفاظ المستعملة من كل طرف حين إبرام العقد ، كما وأن هذه النظم تؤسس المبدأ على أساس حقيقة الألفاظ المستعملة من طرفي العقد وصدورها بترتيب زمني متسلسل حيث أن التعبير الصادر أولاً يعتبر هو الإيجاب بينما التعبير الثاني والذي يصدر رداً على الإيجاب يعتبر قبولاً . على الرغم من هذا الفهم المشترك لكل من الإيجاب والقبول ، إلا أن أساس المبدأ يختلف من نظام لآخر . ففي النظام اللاتيني ينظر إلى العقد على إنه تطابق إرادتي الطرفين فالتعبير الذي يعكس إرادة الطرفين في التعاقد سواء أكان صريحاً أم ضمنياً هو الذي يشكل الإيجاب والقبول حيث إن الإيجاب هو مبادهة إرادية اختيارية لفرد يعبر به عن رغبته في التعاقد ، لهذا فإن الإيجاب له جذور نفسية لدى من يصدر عنه ، بينما يؤسس مبدأ الإيجاب والقبول في النظام الأنجلوسكسوني على أساس عملي وواقعي- ذرائعي ، فرغم أن الأصل في التعبير

الصادر عن الطرفين أنه يعبر عن نية في التعاقد إلا أن هذا يفسر بشكل موضوعي فلا ينظر إلى حقيقة نفسية أو نية كل طرف بل إلى المظهر الخارجي الذي يأخذه التعبير عنها . من جهة أخرى فإن الفقه الإسلامي وكما رأينا يعير انتباها كبيراً للإيجاب والقبول وهما المظهران الخارجيان للإرادة .

إن هذا الاتجاه التقليدي في إقراره لمبدأ الإيجاب والقبول كآلية لإبرام العقد إنما يقوم على مجموعة من الافتراضات من أهمها : -

١ - إن العقد يتم بين طرفين اثنين فقط .

٢ - أن عملية إبرام العقد تتم من قبل الطرفين شخصياً .

٣ - أن الألفاظ المستعملة في إبرام العقد يمكن وبشكل منفصل اختصارها إلى اقتراحين محددين صادر كل منهما عن طرف وفي وقت محدد .

٤ - أن هذين الاقتراحين قد صدرا بصورة متلاحقة حيث بهما يتم إبرام العقد .

حين تتعارض هذه الافتراضات مع بعض حقائق ووقائع عملية إبرام العقد فإن مبدأ الإيجاب والقبول أما أن يتم توسعته خارج حدوده مثلاً بالافتراض ضمناً بوجوده وتفسير الوقائع على أساس إنها تشكل إيجابا أو قبولاً ضمنياً أو أن يتم تجاهله كاملاً وعدم الإشارة إليه . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فقد حدث تطور كبير على التجارة الدولية والداخلية مما نتج عنه نشوء بعض العقود الجديدة . إن مثل هذه العقود إنما تعكس شبكة معقدة من العلاقات الاقتصادية والقانونية فهناك مثلاً عقود تمويل المشروعات الكبرى وهناك عقود نقل التكنولوجيا وتسليم المفتاح وهذه عقود تختلف بالتأكيد عن العقود البسيطة ثنائية الطرفين ، ولهذا فإن مبدأ الإيجاب والقبول لا يمكن تطبيقه على عملية إبرام هذه العقود وبالشكل الذي يمكن تطبيقه على العقود

البسيطة إلا إذا قمنا بالتطويع أو التكييف القسري لعملية الإبرام لتتناسب مع المبدأ . إن من الأصح القول أن مثل هذه العقود لا يتم إبرامها من خلال آلية الإيجاب والقبول . وإذا ما كانت مثل هذه العقود تعتبر استثناء على الأصل حالياً فإن تطور العلاقات التجارية والاقتصادية وثورة الاتصالات وتطور العلاقات الإنسانية نفسها بدأ يفرز مزيداً من العقود التي لا تخضع للإيجاب والقبول في عملية إبرامها . من جهة أخرى فإن فكرة التسلسل الزمني لصدور الإيجاب والقبول هي أيضا لم تسلم من النقد حيث إنها في كثير من الأحيان لا تتلاءم مع الواقع العملي وحقيقة إبرام العقد .

الاتجاه التقليدي وانتقاده في فرنسا:

إن تناول الفقه الفرنسي لمسألة الإيجاب والقبول قد اصطبغ بالتركيز على الإرادة والاختيار أو رضى الطرفين (التراضي) . إن القانون المدني الفرنسي بدوره لم يقدم تعريفاً للرضى كما أنه لم يتناول كيفية التعبير عنه أو كيفية التعبير عن إعلان الإرادة بشكل عام . بما أن الاتفاق هو تلاقي إرادتي الطرفين فإن من الضروري تحديد الألفاظ المستعملة في هذا المجال لكي يمكن القول أن هناك اتفاقاً ما .

الاتجاه التقليدي:

يرى هذا الاتجاه أن التعبير عن إرادتي الطرفين يجب أن يتم النظر إليه بصورة منفصلة وأن تتابعهما الزمني هو الذي يحدد من منهما الإيجاب Offre ومن منهما القبول acceptation [1] . لقد أشار كاربونيه إلى ثنائية التعبير عن الإرادة وصعوبة اكتشافها في مرحلة ما قبل إبرام العقد ولكن بمجرد الوصول إلى إبرام العقد فإن العقد

(1) Aubert, Notions et roles de L offre et de L acceptation dans la formation du contrat. Thesis, paris, 1970 No. 11. P. 4.

هو إيجاب لاقى قبولاً . إن الطرف الموجب هو الذي يقوم بالمبادهة في عملية التعاقد بينما الطرف القابل لا يكون له إلا دور سلبي في هذا المجال[1] . مارتي ورينو أيضا[2] بدأ من الافتراض بأن العقد هو تلاقي إرادتي الطرفين ويتم التعبير عنهما بشكل متتالي من الموجب ومن القابل . لقد أضافا أن العقد هو أكثر من تطابق إرادتين مستقلتين لأن من اللازم أن يكون هناك لقاءً بينهما في نقطة معينة وليس انصهاراً لإرادتيهما ، واللتان رغم بقاؤهما إرادتين منفصلتين ، تشكلان إرادة جديدة هي إرادة القيام بعمل مشترك هو موضوع العقد أو محله .

هذا التطابق لإرادتي الطرفين ينتج عن قبول الإيجاب ، وعلى الرغم من بعض الإشكالات في مرحلة المفاوضات إلا أن العنصر الأساسي لتطابق الإراديتين هو الإيجاب المتبوع بقبول[3] . إن الإيجاب والقبول كآلية لإبرام العقد أمر مسلم به في الفقه الفرنسي ولهذا فقدأشار أوبير Aubert إلى أن كل شخص يعلم أن إجراءات التعاقد يمكن تحليلها على أساس إنها تعبيرين عن إرادتين ينتج عن تطابقهما عقد : الإيجاب الذي هو اقتراح محدد وقطعي والقبول الذي يشكل رداً إيجابيا عليه[4] . ومع أن أوبير اقر بأن جميع العقود الرضائية يمكن تحليلها على أساس الإيجاب والقبول إلا أنه أشار إلى بعض الصعوبات بهذا الخصوص[5] .

---

(١) كاربونيه ، مرجع سابق رقم ٣٤، ص٨١ .

(٢) Marty and Raynund, Droit Civil- Les Obligations, Les Sources. Tome ler Paris. 2nd. ed. 1988. No 105 p.p 100-101.

(٣) نفس المرجع رقم ١٠٦ ص ١٠١ .

(٤) ابر ، مرجع سابق ، ص١ .

(٥) نفس المرجع ، ص٥٠ .

الاتجاه الحديث:

الاتجاه الحديث يقر بأن تقرير الإيجاب والقبول على أساس حقيقة التتابع الزمني لكل من التعبير عن إرادتي الطرفين ليس دائماً صحيحاً، كما وأنه ليس صحيحاً أيضا أنه يمكن دائما تحليل عملية إبرام العقد على أساس الإيجاب والقبول وخاصة في العقود ذات الإجراءات المعقدة.

نقد التتابع التسلسلي:

لقد لاحظ بوناسيس Bonassies أن الاتجاه التقليدي الذي يقوم بالتمييز بين الإيجاب والقبول على أساس التسلسل الزمني لصدور كل منهما هو أمر تحكمي، فالعقود البسيطة أو تلك العقود المألوفة التي يمكن إبرامها يومياً يمكن تحليل إبرامها على أساس إيجاب وقبول[1]. كاربونيه أيضا انتقد الاتجاه التقليدي وأكد أنه ليس من الضروري أن يكون الطرف الذي يقوم بالمبادهة هو الطرف الذي يعبر عن إرادته بالتعاقد أولاً، فالعامل الذي يبحث عن عمل في إحدى الشركات مع أنه هو الذي يقوم بالمبادهة أولاً إلا أن المبادهة الحقيقية تأتي من صاحب الشركة[2]، فالطرف الضعيف اقتصادياً عادة يفتقر إلى القدرة على المبادهة.

تعارض مبدأ الإيجاب والقبول مع مبدأ الرضائية:

لقد أكد بوناسيس أنه وعلى الرغم من أنه في الأوضاع العادية فإن العقد ينشأ عن تتابع الإيجاب والقبول، إلا أن من المؤكد بأن العقد يمكن أن ينشأ بغياب تسلسل كل

(١) Bonassies, Report on French Law, in Formation of Contract. Ed. Schlesinger vol. 2. Oceana pub. 1968, p. 1598.

(٢) كاربونيه، مرجع سابق رقم ٣٨، ص٨٨.

منهما[١]. إن مبدأ التسلسل التتابعي للإيجاب والقبول يتعارض مع المبادئ الأساسية للقانون بشكل كامل كما ويتعارض مع بعض القرارات القضائية[٢]. لقد اعتمد بوناسيس في أقواله على مبدأ الرضائية، الذي بموجبه يعتبر العقد مبرماً عندما يتفق الطرفان على شروطه وبغض النظر عن الوسيلة التي يصل بها الطرفان إلى هذا الاتفاق سواء بتسلسل إيجاب وقبول أو بالسير ببطء نحو هذا الاتفاق. إن المثال الذي أعطاه بوناسيس في هذا المجال هو قيام كاتب العدل بكتابة عقد بدلاً من طرفيه، كما أشار إلى بعض القرارات القضائية بهذا الخصوص والتي اعترفت بوجود عقد في حالات الشركة الفعلية وبغياب إيجاب وقبول صادرين عن الشركاء. كما وأشار أيضا إلى أنه في عقود العمل فإن من الممكن أن ينشأ عقد بين العامل ورب العمل إذا ما قام هذا الأخير بدفع مكافأة للعامل بشكل دوري وبشكل اختياري، حيث يصبح ذلك مُلزماً لرب العمل إذا ما كان الدفع قد تم بصورة منتظمة، كما وأشار إلى التجديد الضمني لعقد الإيجار الذي لا يتم بإيجاب وقبول[٣].

التحديد القانوني المسبق للموجب والقابل:

لقد نصت المادة (١١٠٨) من القانون المدني على شروط صحة العقد وأشارت إلى رضى الطرف الذي يقع عليه الالتزام (الملتزم)[٤]. لقد قيل بأن هذا النص يعني أن الإيجاب يجب أن يصدر عن الشخص الملتزم وأن القبول يجب أن يصدر من الطرف

(١) بوناسيس، مرجع سابق، ص١٥٩٨.

(٢) نفس المرجع، ص١٥٩٨.

(٣) نفس المرجع، ص١٥٩٨-١٦٠٠.

(٤) Arti 1108 "Quatre conditions sont essentielles pour la validite d`une convention: Le consentement de la partie qui soblige;.......".

الآخر، إلا أن هذا ليس ضرورياً[1]. حيث إن صياغة المادة نفسها لم تكن صياغة موفقة، فرضا الطرفين هو أساس إبرام العقد لا رضى الطرف الملتزم فقط[2]. هذا بالإضافة إلى أنه في العقود الملزمة لجانبين فإن كل طرف يعتبر دائناً و مديناً بنفس الوقت، ملتزم وملتزم له، لهذا فإن الإيجاب قد يأتي من أي منهما.

لقد وردت نصوص خاصة بالهبة[3] والوكالة[4] تبدو اكثر دلالة في اتجاهها إلى تحديد الطرف الموجب والطرف القابل مسبقاً، ففي كل منهما يتوجب أن يأتي القبول من المتبرع له (المتملك) والوكيل، وعلى هذا فإن الطرف المتبرع (المملك) أو الموكل هو الذي يجب أن يصدر الإيجاب منه، أي أن على كل منهما القيام بالمبادهة في التعاقد.

الاتجاه التقليدي في القانون الإنجليزي وإنتقاده:

يرى الاتجاه التقليدي بأن الإيجاب والقبول تعبيرين منفصلين ولكنهما متطابقين يصدران بشكل تسلسلي عن الطرفين ويعكسان رغبتهما بالتعاقد وإن المعيار الموضوعي هو الذي يتم تطبيقه بهذا الشأن. في العقود البسيطة يمكن اختصار عملية إبرام العقد إلى إيجاب وقبول سواء تم التعبير بشأنها كلاما أو تم استخلاصه ضمنياً من خلال تصرف الطرفين.

---

(١) مارتي ورينو. مرجع سابق، رقم ١٠٧، ص١٠٢.

(٢) ابرى ورو. مرجع سابق، رقم ٣٤٣ هامش ٦.

(٣) Art. 894 " La donation entre vifs est un acte par lequel la donateur se de` pouille actuellement et irr`evocublement de la chose donnee, en faveur du donative qui L` accepte ".

(٤) Art. 1984 " Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne a` une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par L` acceptation du mandataire".

إن مبدأ الإيجاب والقبول في القانون الإنجليزي قد ساعد في تطوير بعض الأحكام القانونية بخصوص مسألة إبلاغ الإيجاب أو الأحكام الخاصة بالقبول أو مسألة إلغاؤهما أو القوة الملزمة لكل منهما أو تطابقهما وهذه الأحكام بدورها تعتبر مفيدة للقضاء حيث من خلالها يستطيع تقدير الحالة التي يمكن القول فيها أن هناك عقداً تم إبرامه أو غير ذلك[1]. لهذا فإن هناك ما يبدو أنه إجماع في الفقه الإنجليزي على أن تحليل إجراءات إبرام العقد إنما يتم من خلال الإيجاب أو الاقتراح الصادر من طرف والقبول غير المشروط الصادر عن الطرف الآخر.[2] رغم ذلك فإن هناك عقوداً يصعب تحليلها على أساس القبول والإيجاب مما أثار بعض الانتقادات بهذا الخصوص كما أن هناك بعض القرارات القضائية التي تصب في هذا الاتجاه.

الإنتقادات الفقهية والقضائية لمبدأ الإيجاب والقبول:

إن الإيجاب والقبول كآلية وحيدة لإبرام العقد قد تعرض لبعض الشكوك من بعض الفقه الإنجليزي، فهناك من يرى أن من الخطأ الاعتقاد أن جميع العقود يمكن تحليل إبرامها على أساس الإيجاب والقبول على الرغم من أن الاحتفاظ بهذا الاعتقاد يعتبر مفيداً كوسيلة عملية في الحالات التي يكتنفها بعض الشكوك[3]. فرمستون أيضا أكد أن هذين التعبيرين يجب عدم النظر إليهما على أنهما تعويذة سحرية تكشف عن وجود عقد بين الطرفين حيث أن القواعد المستخلصة من مبدأ الإيجاب والقبول هي افتراضات مبنية على التجربة وتطبق فقط إلى الحد الذي يمكن

(1) Chitty on Contracts. Vol I. General Principles. 26th. Ed (1989) Sweet and Maxwell, London, p. 78.

(2) Anson. Law of Contract. 26th.ed (1984) Clarendon press. Oxford. P. 21; Chitty. P. 33; Trietel p. 8; Furmston p. 28.

(3) انسون، مرجع سابق، ص٢٢.

لها أن تكشف عن وجود عقد[1] . لقد نادى بضرورة عدم تطبيق المبدأ بشكل محدد كما ويجب أن لا يتم التضحية بحقيقة الوقائع لمصلحة التعابير اللغوية[2] . إن من الصعوبة أن يتم تحليل إبرام كثير من العقود على أساس هذا المبدأ[3] . على مستوى القضاء فقد أعلن اللورد ولبر فورس Wilberforce أيضا إن هناك أحكاما تشير إلى أن القضاء الإنجليزي وبسبب التزامه بنظرية فنية ومنظمة للعقد يأخذ اتجاهاً عملياً في التطبيق وعادة ما يتم ذلك على حساب تكييف الوقائع بصعوبة أو تطويعها لتتطابق مع مبدأ الإيجاب والقبول[4] . كما أن ما أعلنه اللورد دينتق Denning ليس بعيداً عن ذلك فقد أعلن أنه من الخطأ الاعتقاد أن جميع العقود يمكن تحليل عملية إبرامها على أساس الإيجاب والقبول[5] حيث أن مبدأ الإيجاب والقبول أصبح قديماً[6] ولا يتلاءم مع واقع الحياة المعاصرة .

العقود التي لا تبرم بإيجاب وقبول:

هناك كثير من العقود لا يمكن تحليل إبرامها على أساس إيجاب وقبول إلا إذا قمنا بالتطويع القسري للوقائع لتتطابق مع المبدأ .

---

(١) فرمستون، مرجع سابق، ص٣٥-٣٦ .

(٢) نفس المرجع، ص٢٨ .

(٣) P.S. Atiyah. An Introduction to the Law of Contract 5th.ed. (1995) Clarendon press. Oxford. P. 54.

(٤) Newzealand Shipping Co-ltd v. A.M. Satterthewaite and Co- ltd [1975] A. C. 154, 167.

(٥) Gibson v. Manchester City Council [1978] 2 All E. R. 583, 586.

(٦) Butler Machine Tool Co-Ltd v. Ex-Cell O Corp (England) Ltd. [1979] I All . E. R. 965, 968.

العقود ذات الأطراف المتعددة Multipartite Contracts

هذه العقود تضم اكثر من طرفين اثنين وهي إما أن يتم إبرامها من خلال شخص ثالث مستقل أو يتم ذلك مباشرة بين الأطراف[1].

أولاً: العقود التي تبرم عبر شخص ثالث:

هذه العقود تضم عقد الاشتراك في مسابقة يجريها أحد النوادي وكذلك عقد الشركة.

١- عقد الاشتراك في مسابقة يجريها نادٍ:

في هذا النوع من العقود يوقع طالب الاشتراك نموذجاً يحتوي على الشروط والأحكام التي تنظم علاقة مقدم الطلب مع النادي وكذلك علاقته مع باقي الأعضاء. لقد كانت القضية الأولى التي عرضت على القضاء في هذا الشأن هي قضية ستإنيتا[2] حيث أن شخصان كان يملك كل منهما قارباً أرادا الاشتراك في سباق للقوارب تم تنظيمه بواسطة أحد النوادي، قام كل منهما بالتوقيع على نموذج قبل بدء السباق، ينص على التزامهما بقواعد النادي الخاصة في السباق، بما فيه التزامهما بالتعويض عن أي ضرر يتسبب فيه أي متسابق، إذا ما خالف قواعد النادي. اصطدم أحد القاربين بالقارب الآخر نتيجة لمخالفة قواعد السباق. لقد أكد مجلس اللوردات قرار محكمة الاستئناف الذي أكدت المحكمة فيه أن هناك عقداً بين الطرفين مالكي القاربين وأن مالك القارب الذي تم إغراقه يستطيع المطالبة بالتعويض على أساس تعاقدي، هذا ويُلاحظ أن الطرفين لم يُوقعا على أي عقد بينهما بل إن كل منهما إنما

---

(١) أنظر ترايتل، مرجع سابق، ص٤٧.

(٢) Clarke v. The Earl of Dunraven and Mount- Earl (The Stanita) [1890] A. C. 59.

قام بالتوقيع على نموذج النادي، كما إنه لم يتم أثناء النظر في الدعوى أي نقاش سواء بين الطرفين أو من المحكمة حول كيفية إبرام العقد الأمر الذي يعني أن مسألة إبرام العقد كانت أمراً مسلماً به. إن هذه القضية قد أشارت إلى أن مثل هذا النوع من العقود لا يحتاج إلى إيجاب وقبول من طرفيه لإبرامه بل يبرم بمجرد توقيع كل طرف على نموذج الطلب الخاص بالانضمام للنادي أو بالاشتراك في السباق.

عقد الشركة:

لقد أشار أنسون[(١)] إلى أن المبدأ الذي تم إقراره في قضية ستإنيتا أعلاه يمكن أيضا تطبيقه على علاقة الشركاء ببعضهم البعض في الشركة حيث أن مذكرة إنشاء الشركة تشكل عقداً ليس فقط بين الشركة كشخص مستقل وبين الشركاء بل بين الشركاء أنفسهم وكذلك بين الشريك وبين المدير أو هيئة مديري الشركة.

لقد أشار انسون إلى أحد القضايا[(٢)] التي عرضت على القضاء الإنجليزي وكانت بخصوص مخالفة أحد أصحاب الحصص في الشركة لأحد مواد مذكرة إنشاء الشركة والتي كانت تنص على أن من يرغب من الشركاء ببيع حصته عليه أولاً إن يعرضها على هيئة المديرين التي لها حق شراء الحصة بالسعر العادل. إلا أن هذا الشخص قام ببيع حصته دون إعلام هيئة المديرين. لقد أشار القاضي إلى بعض النصوص في قانون الشركات وأعلن أن هناك عقداً تم إبرامه بين الشركاء بعضهم البعض وبين كل شريك وهيئة المديرين فيما يتعلق بالحصص التي يملكها الشركاء. في هذه القضية أيضا لم يتم الإشارة إلى الإيجاب والقبول الذي تم به إبرام هذا العقد.

---

(١) آنسون، مرجع سابق، ص٢٤.

(٢) Rayfield v. Hands [1960] ch. 1; [1958] 2 All. E. R. 194.

ثانيا: العقود التي يتم إبرامها مباشرة بين أطرافها:

عندما يكون العقد ذا طبيعة معقدة ويكون هناك أكثر من طرفين اثنين معني بتوقيع العقد النهائي، فإن المفاوضات عادة ما تكون في مثل هذا الوضع مفاوضات يكتنفها شيء من التعقيد. إن مثل هذه المفاوضات عادة ما تشمل ممثلين عن الأطراف المعنيين يقومون بالتفاوض لفترة زمنية قد تطول إلى أن يصلوا إلى الاتفاق النهائي ومن ثم تدوينه في وثيقة يجري توقيعها. في مثل هذه الأوضاع لا يمكن استنباط إيجاب وقبول صادر عن هؤلاء الأطراف وهذا ما يمكن ملاحظته في العقود الخاصة بالمشاريع الصناعية الكبرى وفي عقود التمويل الضخمة.

عقود المشاريع الصناعية:

في بعض العقود كعقود توريد المعدات والآلات أو بناء أو نقل تكنولوجيا أو عقود التدريب فإن الطرف الذي يرغب بالتزود بهذه الأشياء يجد نفسه مضطراً إلى التعاقد مع اكثر من طرف. في مثل هذه الأوضاع فإن الطرف الثاني قد لا يقوم بتشكيل شخصية قانونية واحدة تقوم هي بإجراءات التعاقد نيابة عن أشخاص هذا الطرف، بل يمكن مثلاً أن يتم التعاقد معهم بشكل فردي وتكون مسؤوليتهم إما مسؤولية مشتركة أو مسؤولية منفردة. مثل هذا النوع من العقود ينتج عن مراسلات مكثفة يتم تبادلها بين جميع الأطراف وهذه المراسلات من الصعب تحليلها كإيجاب وقبول صادرين من قبل الأطراف المتعددين.

عقود التمويل:

هذه العقود عادة لا يتم إبرامها عبر آلية الإيجاب والقبول حيث تعمد الجهة التي ترغب بالاقتراض إلى تخويل أحد البنوك بالقيام بإعداد وثائق القرض بالنيابة عنها

ومن ثم يقوم هذا البنك بإعداد الشروط الخاصة بالقرض بالاتفاق مع هذه الجهة .

يقوم البنك بعد ذلك بإجراء الاتصالات مع الجهات التي من المحتمل إن تقوم بالإقراض حيث يزودهم بالتفصيلات اللازمة وكذلك بجميع الشروط . على هذا الأساس فإن إجراءات عقد التمويل تشمل ثلاثة أطراف حيث تجري بينهم الكثير من الاتصالات والمراسلات وخاصة حينما يطلب أحد الأطراف تعديل شروط القرض ، فإذا ما انتهت هذه المراسلات باتفاق عندها يقوم البنك بإعداد الوثائق النهائية ويحدد موعداً للمقرض وللمقترض لتوقيع العقد ، في كثير من الأحيان فإن الطرف الممول يكون اكثر من جهة واحدة حيث يقوم كل طرف منها بالتوقيع بصورة مستقلة عن الآخرين الأمر الذي يعني إن الالتزامات والحقوق المترتبة على التوقيع تنصرف إليه وحده .

إن مثل هذا النوع من العقود لا يمكن أن يتم عبر آلية الإيجاب والقبول(١) .

العقود الثنائية الطرفين Bilateral Contracts

هذه العقود تضم طرفين اثنين وهي قد تسبب أشكالا فيما يتعلق بتحديد الإيجاب والقبول في ثلاث حالات هي :

١- عندما لا تظهر مراسلات التفاوض المتبادلة بين الطرفين إيجابا وقبولاً بشكل واضح .

٢- عندما يبرم العقد بشكل متزامن من قبل الطرفين .

٣- عندما يتم إبرام العقد من خلال طرف ثالث .

(١) See P. Wood . Law and Practice of International Finance. (1980), Sweet and Maxwell. Lonon p. 256, 263, 273.

أولاً: المفاوضات بين الطرفين لا تدل على إيجاب وقبول.

إن المفاوضات التي تتم من خلال تبادل سيل كبير من الرسائل والوثائق قد لا يظهر فيها من هو الطرف الذي تقدم بالإيجاب ومن هو الطرف الذي تقدم بالقبول. كما وأيضا فإن هذه المراسلات إذا أخذت وقتاً طويلاً فإنها قد لا تكشف بشكل قطعي عن الوقت الذي تم فيه القبول وكذلك عن الوقت الذي كان فيه هناك إيجابا. إن مثل هذه المراسلات عادة لا يتم فيها التقدم بإيجاب واضح محدد أو قبول محدد. في كثير من الأحيان فإنه لا يمكن القول بأن هناك عقداً ابرم بين الطرفين نتيجة لتبادل هذه المراسلات بحد ذاتها، إنما قيام الطرفين ببعض التصرفات اللاحقة على تبادل هذه المراسلات هو الذي ينبئ بأن هناك عقداً ابرم بينهما.

العقود التي تنشأ نتيجة للتصرفات اللاحقة على مراسلات الطرفين.

إن أول القضايا التي عرضت على القضاء الإنجليزي في هذا الشأن هي قضية[1] إحدى شركات الخطوط الحديدية والتي طلبت تزويدها بكميات من الفحم من شخص اسمه بروغدن. في إحدى مراحل المراسلات بين الطرفين أرسل ممثل الشركة وثيقة إلى بروغدن تحتوي على بعض التعديلات على شروط العقد المقترح وكان هناك مكانا فارغاً في هذه الوثيقة حيث كان على بروغدن أن يقوم بكتابة اسم المحكم الذي يختاره للفصل في أي نزاع قد ينشأ لاحقاً بشأن العقد الأمر الذي تم، إلا أن برغدن أضاف أيضاً بعض الشروط ثم قام بختم الوثيقة بكلمة مصدق (approved) وأعادها إلى ممثل الشركة حيث أرسلها هذا إلى مقر الشركة حيث تم الاحتفاظ بها دون التأكد من الشروط الواردة فيها. قام بروغدن بإرسال كميات من

(١) Brogden v. Metropolitan Railway Co. (1877) A.C .666.

الفحم بصورة متوالية وقامت الشركة من طرفها بدفع الأسعار لهذه الكميات واستمر ذلك لمدة طويلة من الزمن، نشأ نزاع بين الطرفين وعندها ادعى بروغدن بعدم وجود عقد ملزم بينه وبين الشركة. لقد أعلنت المحكمة إن تصرف الطرفين اللاحق على تبادل المراسلات بينهما هو الدليل على وجود عقد ملزم بينهما رغم إن اللورد بلاك بيرن Blackburn أشار إلى التناقض الموجود في هذه المراسلات[1]، إلا أن تصرف الطرفين اللاحق هو الذي اقنع المحكمة بوجود العقد بين الطرفين. إن المحكمة لم تقم هنا بتحليل العقد على أساس إيجاب وقبول بل كان الاعتبار الكبير هو لتصرف الطرفين.

عقود النماذج المتضاربة Standard form contracts

من الوسائل الشائعة في إبرام العقد حالياً وسيلة تبادل النماذج العقدية[2] المطبوعة مسبقاً بين طرفين يرغبان بإجراء عقد حيث يقوم طرف بإرسال نموذجه العقدي إلى الطرف الآخر محتوياً على شروطه التعاقدية مبدياً رغبته بالتعاقد بموجبها ويقوم الطرف الذي يستلم مثل هذا النموذج بإرسال قبوله على شكل نموذج مطبوع يحتوي على الشروط التي يرغب هو بإبرام العقد على أساسها. وقد تستمر المراسلات بين الطرفين حيث يجري بعض التعديلات على الشروط ثم بعد ذلك يقوم الطرفان بتنفيذ العقد، فإذا ما نشأ نزاع بينهما مستقبلاً فإن التساؤل الذي ينشأ هو هل هناك عقداً تم إبرامه بين الطرفين وخاصة عندما يكون هناك تناقضاً في الشروط الواردة في نماذج الطرفين ثم وعلى افتراض أن هناك عقداً بينهما ما هي الشروط التي تحكم العقد؟ قد

---

(١) p. 696

(٢) ترايتل، مرجع سابق ص١٦-١٧ وكذلك ص١٩.

تكون الإجابة إن العقد تم إبرامه على أساس الشروط الواردة في الوثيقة أو النموذج الأخير في سلسلة تبادل المراسلات بين الطرفين باعتبار إن هذا النموذج يشكل إيجابا مقابلاً وإن سكوت الطرف الذي استلمه وعدم اعتراضه على ما جاء فيه من شروط يعتبر قبولاً ضمنياً، بالإضافة إلى إن قيام هذا الطرف بالسير بتنفيذ العقد يعتبر أيضاً قبولاً بهذا الإيجاب. مثل هذا الحل أخذ به القضاء الإنجليزي في قضية صدر الحكم بها عام ١٩٧٦[١]، إلا إن اللورد دينتق حاول في بعض القضايا الأخرى تطبيق معيار آخر غير معيار الإيجاب والقبول، وكانت القضية الأولى بهذا الشأن بخصوص نزاع على مكان الشحن في عقد شحن[٢] تم تبادل وابل من الرسائل والبرقيات أثناء التفاوض بشأنه. على ضوء الاستمرار المتواصل في تغيير شروط العقد أثناء المفاوضات وخاصة فيما يتعلق بمكان الشحن للبضاعة فقد ثار التساؤل عن الشروط التي تحكم هذا العقد.

لقد أعلن اللورد دينتق عدم اقتناعه ورضاه بآلية الإيجاب والقبول كوسيلة لإبرام مثل هذا النوع من العقود. إن الطريقة الأصوب برأيه هي دراسة جميع المراسلات والوثائق التي يتم تبادلها بين الطرفين لمعرفة فيما إذا كان هناك اتفاقاً تم التوصل إليه بينهما بخصوص شروط التعاقد وعندها يمكن القول فيما إذا كان هناك عقداً بين الطرفين أم لا. لقد طبق اللورد دينتق هذا المعيار في قضية أخرى[٣] حيث أعلن فيها بأن المعيار التقليدي في البحث عن الإيجاب والقبول في عملية إبرام العقد لم يعد

(١) BRS V. Arthur v. Crutch [1976] 2 All . E. R. 785.

(٢) Portsudan Cotton Co v. Govindaswamy chettiar and Sons [1977] 2 Lioyd`s Rep. 5.

(٣) Butler Machine Tool Co. ltd v. Ex-Cell- O Corp. (England) Ltd. [1979] 1 All. E. R.. 965.

يتناسب مع تطورات العقود التجارية[1]. اللورد دبلوك Diplock إيجابا وفي قضية أخرى أعلن بأن هناك عقوداً لا يمكن أن تخضع عملية إبرامها إلى آلية الإيجاب والقبول[2].

ثانياً: إبرام العقد بشكل متزامن:

في مثل هذا النوع من العقود فإن الطرفين يبديان بصورة متزامنة رغبتهما أو اتجاههما نحو تنفيذ العقد ومن الصعب جداً هنا تحليل ذلك على أساس إيجاب وقبول، ولهذا فقد رؤى استبدال معيار الإيجاب والقبول كآلية لإبرام مثل هذا النوع من العقود بمعيار الدلالات المتزامنة "Simultaneous Messages". لقد تم تطبيق ذلك في اتفاقيات التحكيم والتي ورغم نشوء النزاع بين الطرفين والذي يستوجب منهما القيام فوراً بالسير بتنفيذ عقد التحكيم، إلا أن الطرفين احتفظا بالصمت فترة طويلة جداً بعد نشوء النزاع الأمر الذي يعني إن كل طرف أبدى رغبته للطرف الآخر وبصورة متزامنة بإلغاء عقد التحكيم وعلى هذا الأساس فإنه لا يحق لأي طرف لاحقاً المطالبة باللجوء إلى التحكيم طبقاً للعقد[3].

ثالثاً: العقود التي تبرم نتيجة لتدخل طرف ثالث:

قد يتفاوض طرفان لإبرام عقد ما، إلا إنهما يصلان إلى طريق مسدود نظراً لاختلافهما على الشروط العقدية. في مثل هذا الوضع، فقد يتدخل شخص ثالث حيث يقوم بالتقدم باقتراح شروط العقد ويقوم الطرفان وبصورة متزامنة بقبول هذا

---

(١) P. 968.

(٢) Gibson v. Manchester Council City [1979] A. C. 1 All . E. R. 972.

(٣) The Multitank Holsatia [1968] 2 Lioyd`s Rep. 486, 491.

الاقتراح[1]. إن من الصعب في مثل هذا الوضع القول بأن هناك إيجابا صدر عن طرف وقبولاً عن الطرف الثاني، كما أن هذا ينطبق إيجابا على العقود التي تبرم بواسطة السماسرة أو الوسطاء.

ألمانيا:

في ألمانيا وكما في فرنسا فإن تحليل إبرام العقد يتم من خلال عنصري الإيجاب والقبول، وإذا كان مفهوم الإيجاب والقبول مرتبط بمفهوم اتفاق طرفي العقد كونه تعبيراً متبادلاً عن إرادتهما في التعاقد، فإن من شأن إهمال دور الاتفاق أو الإرادة في ترتيب المسؤولية العقدية في بعض الحالات، أن يؤدي حتماً إلى تجاهل مبدأ الإيجاب والقبول في هذا الشأن. هناك نظريتين في الفقه الألماني بهذا الخصوص وهي نظرية العقود الواقعية ونظرية الخطأ التعاقدي.

نظرية العقود الواقعية Faktische Vertrag Severhaltnisse

بموجب هذه النظرية والتي أوجدها الفقيه الألماني هبت Haupt عام ١٩٤١[2] فإن نية أو إرادة الطرفين لا يعار لها أدنى اهتمام في مسألة إبرام العقد. لقد أكد هبت أن المفهوم الذي تبناه القانون الألماني بضرورة إن يكون هناك اتفاقاً بين الطرفين لكي يمكن القول إن هناك عقداً بينهما قد اصبح مفهوماً ضيقاً[3]. إن ربط الالتزام التعاقدي بالإرادة إنما ينتج عنه وبصورة غير منطقية تحديداً للمسؤولية وهذا ما يدفعنا بدوره إلى اللجوء وفي كثير من الأحيان إلى الافتراض بوجود مثل هذه النية أو الإرادة لدى

(١) أنظر ترايتل، مرجع سابق، ص٤٨.

(٢) Haupt, Uberfaktische vertragsverhaltnisse: Festschrift siber 11 (Leipziger Recht Swissenschaftliche Studien no 124) (Leipzig 1943) p. 1-37.

(٣) نفس المرجع ص٢٨.

الطرف الملتزم لتبرير فرض مثل هذه الالتزامات الأمر الذي يعتبر مخالفاً للواقع[1].

لقد أكد هبت أن العقد يمكن إن ينشأ ليس فقط من إيجاب وقبول Vertrag Sehluss بل أيضاً كنتيجة لأوضاع واقعية، وفي هذا المجال فقد ذكر ثلاث حالات يمكن أن ينشأ عنها علاقات تعاقدية وهي:

١- قيام صلات اجتماعية كإجراء مفاوضات عقدية وكذلك الإيذاء الذي يحدث في المحلات التجارية للزبائن أو الزبائن المحتملين حيث أن ما ينشأ من حقوق والتزامات في مثل هذه الحالات هي التزامات تعاقدية.

٢- الاشتراك في مشروع جماعي كالاشتراك في شركة ثم يحكم ببطلانها لاحقاً.

٣- القيام ببعض التصرفات ذات الدلالات المفهومة بشكل عام والتي تصادف قبولاً في المجتمع كما هي الحال في استعمال وسائل النقل العام[2].

وفي مثل هذه الحالات فإن تصرف الشخص يقوم مقام إرادته إذا كان هذا التصرف مألوفاً وله دلالة اجتماعية على أمر ما[3].

---

(١) نفس المرجع، ص٦-٧ وكذلك ص٩-١٠.

(٢) والحالات الثلاث كما وردت هي Kraft Sozialen Kontaktes, Kraft
"Einordnung in ein Gemeinschftverhaltnis und Kraft Socialer...........
نفس المرجع، ص ٨-٩.

(٣) لمزيد من التفصيلات عن النظرية راجع:
S. Simitis, Die facktischen vertragsverhaltnisse als Ausdruck der gewardelten sozialan funktion des Privatrechts (Frankfurt a. m. 1957).

القضاء الألماني ونظرية العقود الواقعية:

إن القضاء الألماني قد اخذ بهذه النظرية في عدة قضايا، ففي قضية صدر الحكم بها عام ١٩٥٦ (١) تقدمت بلدية هامبورغ بدعوى تطالب فيها المحكمة بإلزام إحدى السيدات بدفع أجرة مرآب سيارات كانت السيدة قد قامت باستخدامه اكثر من مرة ليس فقط دون إن تدفع الأجرة بل كانت تقوم بالطلب من حارس المرآب بعدم مراقبة سيارتها أثناء اصطفافها في المرآب لعدم نيتها في دفع اجره. لقد ادعت السيدة أمام المحكمة بعدم وجود عقد بينها وبين البلدية حيث لا يمكن للبلدية إلا اللجوء إلى أحكام المسؤولية التقصيرية أو إلى قواعد الإثراء بلا سبب للحصول على تعويض كمقابل لاستعمال المرآب(٢). وهذا الأمر حسب رأي المحكمة في غاية الصعوبة لإن تحديد مبلغ الاغتناء الحاصل للسيدة يتطلب تحديد كم سيكلفها استعمال مرآب سيارات آخر بدلاً من ذلك الذي استعملته، كما وإن التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية يتطلب إثبات أنه كان بإمكان البلدية إيجار الحيز الذي شغلته السيارة إلى شخص آخر أثناء اصطفاف سيارة السيدة فيه. مع أن المحكمة أخذت برأي السيدة بأن الالتزام بدفع الأجرة لا يؤسس على عقد إلا أنها أشارت إلى نظرية هبت وأعلنت عن وجود علاقة تعاقدية بين الطرفين لأن الشخص الذي يقوم باستخدام مرآب للسيارات وأثناء تواجد الأشخاص القائمين على حراسته وإدارته إنما يقوم بإنشاء علاقة تعاقدية بهذا العمل. أن العلاقة التعاقدية التي أقرت المحكمة بوجودها هنا لم تنشأ عن إيجاب من طرف وقبول من طرف آخر بل إنها نشأت رغم عدم توافر إرادة أحد الطرفين للالتزام ولهذا فإن المحكمة لم تشر إلى مبدأ الإيجاب والقبول في

---

(١) BGH 14.7.1956, BGHZ 21, 319.

(٢) p.p 334 - 335.

قرارها مخالفة بذلك المبادئ التقليدية في القانون الألماني .

أما القضية الثانية والتي أخذ بها القضاء الألماني بنظرية هبت فقد كانت بخصوص قيام أحد الأشخاص باستعمال التيار الكهربائي بشكل مباشر ودون مرور السلك الناقل للطاقة على العداد الخاص بالاستهلاك[1] . لقد أعلنت المحكمة إن مثل هذا التصرف ينشئ علاقة تعاقدية بين الشركة وبين الشخص الذي يقوم بمثل هذا العمل، ولهذا فإن الشرط الجزائي الوارد في تعرفه الشركة وهو شرط تعاقدي والبالغ ٢٠,٠٠٠ مارك كجزاء يفرض على الشخص الذي يقوم بهذا العمل، يجوز للمحكمة تعديله طبقاً للمادة ٣٤٣ من القانون المدني والتي تعطي المحكمة الحق في تعديل الشرط الجزائي[2] . إن المحكمة في هذه القضية لم تعر اهتماما لحقيقة كون المدعى عليه لم يوافق على تعرفه الشركة التي تنص على فرض مثل هذا الجزاء بل أعلنت عن وجود علاقة أساسها عقد دون تحليل مسألة إبرام هذا العقد على أساس إيجاب وقبول . هذا وقد قام القضاء الألماني بتطبيق هذه النظرية وبشكل جزئي في قضية أخرى[3] .

إن هذه النظرية قد تعرضت لانتقادات شديدة[4] كما وأن القضاء الألماني عاد وتراجع عن الأخذ بها في بعض القضايا المشابهة للقضايا المشار إليها أعلاه[5] .

---

(١) BGH 29. 1. 1957. JZ 1957, 275.

(٢) p. 276.

(٣) LG Bremen 17. 8. 1966, NJW 1966, 2360.

(٤) Medicus, Burgerliches Recht (ed. 13 cologne" Berlin a-o 1987) no 190-192.
كذلك انظر:
E. J. Cohn. Manaul of German Law, Vol. 1 2nd ed (1968) Oceana pub. P. 114.

(٥) BGH. NJW 1965, 387; BGH MDR 1968, 406.

نظرية الخطأ أثناء التفاوض Culpa in Contrahendo

إن الحالة الأولى من حالات العقود الواقعية والتي تحدث عنها هبت (الحقوق والالتزامات الناتجة عن قيام صلات اجتماعية كالتفاوض) هي أحد أوجه نظرية الخطأ أثناء التفاوض أو الخطأ التعاقدي التي نادى بها الفقيه الألماني ايهرنج Jhering عام (١٨٦١)[1]. طبقاً لنظرية ايهرنج فإن مجرد البدء أيضا في التفاوض لإبرام عقد بين طرفين يرتب مسؤولية تعاقدية على كل طرف بعدم ارتكابه لأي خطأ أثناء فترة التفاوض كالانسحاب غير المبرر من المفاوضات أو التسبب بإيذاء الطرف الآخر. إن على طرفي التفاوض الالتزام بمراعاة الجدية في التفاوض فليست الحماية القانونية يقتصر مجالها على العلاقات العقدية القائمة بل إن هذه الحماية تمتد لتشمل العلاقات التعاقدية المحتمل إنشاؤها. ولهذا فإنه ليس من المتوجب على كل طرف يرغب بالتعاقد مع طرف آخر الحصول منه على تعهد بعدم ارتكابه لأي خطأ أثناء فترة التفاوض أو بعدم انسحابه من هذه المفاوضات بلا أسباب مقنعة، بل إن ضمانات عدم ارتكابه لمثل ذلك يجب أن تستند إلى القانون نفسه حيث أن مجرد البدء بالتفاوض يرتب مثل هذا الالتزام الضمني. إن أساس المسؤولية العقدية في مثل هذه الحالة هو أن الدخول في تفاوض لإجراء عقد ما يفترض سلفاً مسؤولية كل طرف من طرفي المفاوضات تجاه الطرف الآخر عن أخطائه وذلك لثقة كل منهما بحسن نية الطرف الآخر والاستعداد الكامل لديه لإجراء التفاوض للوصول إلى إبرام العقد المنشود.

---

(١) Jhering. Culpa in Contrahendo oder schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur perfektion gelangten vertragen: Jherjb 4 (1861) 1-112.

القضاء الألماني ونظرية الخطأ أثناء المفاوضات:

لقد اخذ القضاء الألماني بنظرية الخطأ أثناء التفاوض في اكثر من قضية، ففي واحدة من هذه القضايا[1] دخلت إحدى السيدات إلى أحد المحلات التجارية لشراء قطعة من السجاد وصدف أثناء عرض السجاد عليها من قبل أحد العاملين في المتجر أن أصيبت نتيجة لسقوط لفافة من السجاد عليها حيث لم يتم عقد البيع نتيجة لذلك. لجأت السيدة إلى القضاء مطالبة صاحب المحل التجاري بالتعويض عن إصابتها الناتجة عن تصرف عامل المتجر. لقد أعلنت المحكمة أن عامل المتجر قد ارتكب خطأ وأن أساس التعويض هو المادة (٢٧٨) من القانون المدني، قامت محكمة الاستئناف بتأييد قرار المحكمة الدنيا وأعلنت أن عامل المتجر كان قد بدأ بإجراء مفاوضات مع المدعي حين طلبت السيدة رؤية السجاد وقيامه بعرض السجاد عليها وأن هذا يشكل تفاوضا هدفه إبرام عقد بيع. لقد أكدت أن ذلك يعد تصرفاً قانونيا سابقاً على عقد البيع تنشأ بموجبه التزامات قانونية إلى الحد الذي يتوجب فيه على كلا الطرفين مراعاة العناية المطلوبة للمحافظة على السلامة الشخصية للطرف الآخر. إن المدعى عليه بتشغيله للعامل في متجره إنما أراد بواسطته تنفيذ التزامه تجاه الشخص الذي يرغب بالشراء لهذا فإن صاحب المتجر يسأل عن خطأ العامل وتطبق المادة (٢٧٨) والتي تنص على أن الشخص الذي يترتب عليه تنفيذ التزام ما يكون مسؤولاً عن خطأ الشخص الذي يعهد إليه بتنفيذ هذا الالتزام بدلاً منه، ولا تطبق المادة (٨٣١) والخاصة بالمسؤولية التقصيرية على العلاقة بين السيدة والعامل الذي تسبب بإيذائها. لقد طبقت المحكمة نصاً يتعلق بالمسؤولية العقدية على علاقة لم تنشأ عن عقد وافترضت أن هناك التزاما تعاقدياً على صاحب المحل وهذا الالتزام لم ينشأ عن عقد يمكن تحليل عملية إبرامه

---

(١) Reichsgericht. 6th civil senate. 7. 12. 1911, 78 ERGZ 239.

على أساس إيجاب وقبول . لقد إمتد هذا المبدأ إلى الزبون الذي يدخل محلاً تجارياً بقصد الشراء ودون ضرورة البدء بأي تفاوض لشراء شيء[1] ، كما وأن البعض يرى أن أي شخص يدخل محلاً تجارياً يعتبر زبوناً احتمالياً ينطبق عليه المبدأ وسواء كان دخوله بقصد الشراء أم لا[2] .

أما بالنسبة للمسؤولية العقدية الناشئة عن الإنسحاب من المفاوضات بلا أسباب مبررة فقد اخذ بها القضاء الألماني في أكثر من قضية . " إن دعوى التعويض عن الخسائر التي يتكبدها أحد الطرفين في معرض إجراءات التفاوض يمكن الحكم بها عندما يكون الطرف الذي قام بقطع التفاوض قد خلق وبسلوكه غير الملائم ثقة لدى الطرف الآخر بأن العقد سيتم إبرامه "[3] . لقد أكد القضاء الألماني أن الطرف المتفاوض قد يتحمل مسؤولية التعويض تجاه الطرف المتفاوض الآخر حتى ولو أنه لا يكون ملزماً بإبرام العقد الذي يتفاوضان بشأنه وذلك عندما يقوم هذا الطرف بتصرف ما بحيث يدفع الطرف الآخر إلى الاعتقاد والثقة وعلى صورة منطقية ، بحقيقة وكنه العقد الذي يتفاوضان بشأنه وأنه سيتم إبرامه ، إلا أن ذلك الطرف بعد ذلك يرفض التعاقد لأسباب غير مبررة . إن الوضع الواقعي والقانوني لمثل هذه الحالة يشبه الوضع الذي يتم فيه إبرام العقد إلا أن أحد الطرفين يقوم بالطعن فيه لاحقاً بسبب الغلط[4] .

---

(١) Bundesgerichtshof. 6th civil senate LM. BGB S. 276 (fa) No 13 (1962).

(٢) Larenz. Culpa in Contrahendo, verkehrssicherungspflicht und " Sozialer kontakt" 3 Monatsschrift fur deutsches Rech (1954) 515, 518.

(٣) Bundesgerichtshof. 14. 7. 1967. 5th civil senate. LM BGB. 276 (fa) no 23 (1968).

(٤) Bundesgerichtshof. 6.2. 1969. 2nd civil senate. LM. BGB, S. 276 (fa) no 280 (1969).

إن النظريات الخاصة بإمكانية أن يكون هناك عقوداً دون إيجاب وقبول تستند في الحقيقة إلى الهجوم الذي تعرضت له نظرية الإرادة في القرن التاسع العشر حيث تم التأكيد على إن المصدر الحقيقي للالتزامات التعاقدية هو القانون نفسه . فالأشخاص يمكن لهم الدخول في علاقات تعاقدية عن طريق العقد لسبب وحيد أن القانون نفسه يرى في أن ما توصل إليه الطرفان من اتفاق مشترك يجب تنفيذه إذا لم يكن مخالفاً للنظام العام . إذا كانت الحقوق والالتزامات تترتب على الأشخاص بواسطة القانون فإن القانون سيلزم الأفراد بنتائج عقودهم دون الالتفات إلى أرادتهم حيث يرى القانون أن الأهمية يجب أن تعطى للمظهر الخارجي للتعبير عن الأخير لأن ذلك هو الذي يخلق ثقة لدى الطرف الآخذ ومن ثم اعتماداً عليه ولهذا فقد تم تطوير نظرية إعلان الإرادة في ألمانيا Erklarnngs Theorie مقابلاً لنظرية الإرادة Willers TheorIe[1].

(1) K. W. Ryan . An introduction to the Civil Law. The law Book of Australasia (1962) p. 40.

الفصل الثالث
الإيجاب والقبول في القانون الأردني

لقد تناول القانون المدني الأردني وبشيء من التفصيل مسألة إبرام العقد عبر الإيجاب والقبول حيث استمد أحكامه من الفقه الإسلامي في هذا المجال . فالعقد هو ارتباط إيجاب صادر عن أحد المتعاقدين بقبول المتعاقد الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه[1] . كمبدأ عام فإن إبرام العقد يتم بمجرد ارتباط القبول بالإيجاب أي بإرادة الطرفين المعلنة كما تقول المذكرة الإيضاحية وليس بنفس إرادتهما[2] . ويشترط في هذا الارتباط لكي يرتب الشارع له آثارا أن يكون ارتباطاً معتبراً في نظر الشارع ، فالتقاء إرادتي ناقصي التمييز لا ينشأ عنهما عقد[3] . بما أن الفقه الإسلامي اخذ بمبدأ الإرادة الظاهرة فإن من البديهي أن يتناول القانون الأردني ومتأثراً بهذا الفقه مسألة التعبير عن الإرادة بواسطة اللفظ بشيء من التفصيل حيث إن اللفظ احتل المقام الأول ولهذا نجد اهتماماً في القانون الأردني بصيغ الإيجاب والقبول من الناحية اللفظية والقواعدية .

---

(١) لقد عرفت مجلة الأحكام العدلية العقد على أنه " التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول " م (١٠٣) . أما تعريف مرشد الحيران فهو " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الأخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب على العقد التزام كل واحد من المتعاقدين بما وجب عليه للآخر " م (٢٦٢) . ونحن نرى أن الاصح أن يقال أن العقد ارتباط القبول بالإيجاب لأن الإيجاب هو الأسبق في الصدور ولا يعقل أن يرتبط بشيء غير موجود حين صدوره بل إن القبول حين يصدر هو الذي يرتبط بالإيجاب .

(٢) ص ٩٧ .

(٣) أنظر مصطفى الزرقاء ، مصدر سابق ، ص ٢٩٤ .

طرق التعبير عن الإرادة:

لقد نصت المادة (٩٠) على أن العقد ينعقد بارتباط الإيجاب والقبول، وقد جاءت المادة (٩١) لتعرف الإيجاب والقبول على أنهما كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد[١]. وأول ما يلاحظ أن هاتين المادتين قد افترضتا أن العقد ينعقد بارتباط ايجاب صادر من طرف وقبول صادر عن طرف آخر وإن الإيجاب والقبول إنما يتمان باللفظ وهذا ما يتماشى مع الفقه الإسلام في إعطاء اللفظ الأهمية القصوى في عملية إبرام العقد بين طرفين حاضرين. وكما يلاحظ فإن المادة أيضاً أحالت إلى العرف بالنسبة إلى الألفاظ المستعملة ولهذا فإنه لا ضرورة لاستعمال ألفاظ معينة أو مشتقاتها. إن أي لفظ يقرّه العرف لإنشاء العقد يمكن استعماله من قبل المتعاقدين. إلا أن المادة (٩١) وكذلك المادة (٩٢). [٢]قد أشارتا إلى صيغ قواعدية للفظ المستعمل وهذا ما يتنافى مع اعتبار العرف المرجع في دلالات الألفاظ حيث أنه قد يعتبر الفاظاً بأنها صالحة لإنشاء العقد بغض النظر عن صيغها القواعدية. [٣] كما إن المادة (٩٤)

(١) يعرف الإيجاب عند الحنفية بأنه " الفعل الخاص الدال على الرضى الواقع أولاً سواء وقع من البائع كبعت أو من المشتري كأن يبتدئ المشتري فيقول اشتريت منك بألف، والقبول الفعل الثاني " ابن الهمام فتح القديرة ٥/ ٧٤.

(٢) وهذا ما يتماشى مع الفقه الإسلامي في اعتبار صيغة الفعل الماضي هي الأمثل لإبرام العقد لأنها تعبر عن إرادة الجزم.

(٣) يعتبر العرف في الفقه الإسلامي مرجعاً في دلالات الألفاظ حيث أن الأمر الجوهري في أي لفظ هو إن يؤدي المعنى المقصود، فالقرافي من فقهاء المالكية أكد أن العرف في زمن معين قد يقضي بقبول ألفاظ لم تكن مقبولة من قبل. الفروق ١/ ٤٤-٤٥. كما أن ابن تيمية من فقهاء الحنابلة أكد أنه إذا لم يكن للبيع حد في الشرع ولا في اللغة كان المرجع فيه إلى عرف الناس وعاداتهم فما سموه بيعاً فهو بيع. مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٣-١٩ كما إن ابن قدامه أكد أيضاً بأن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب فيه الرجوع إلى العرف. المغني ٣/ ٥٦١-٥٦٢. أما النووي من فقهاء الشافعية فأكد أنه لم يثبت في الشرع لفظ للعقد فوجب الرجوع إلى العرف فكل ما عده الناس بيعاً كان بيعاً. ٩/ ١٦٣.

أشارت إلى أن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر إيجاباً وهذا لا يعتبر إيجاباً لفظياً إلا إذا اعتبرنا اللفظ المكتوب كاللفظ المتلفظ به (القولي) لهذا فإننا نرى أن المادة (٩١) قد صيغت على شكل توافقي بين اعتبارات الفقه الإسلامي واعتبارات الواقع العملي .

أما بالنسبة إلى طرق التعبير عن الإرادة حسب المادة (٩٣) فهي اللفظ والكتابة والإشارة المعهودة عرفاً والمبادلة الدالة على التراضي وكذلك اتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي . هذا ويلاحظ أنه في الوقت الذي أشارت فيه المادة (٩١) إلى أن الإيجاب والقبول هو التعبير اللفظي عن الإرادة جاء مفهوم التعبير عن الإرادة في المادة (٩٣) من السعة بحيث يشمل حالات يتم فيها إبرام العقد دون إيجاب وقبول . إن المادة (٩٣) قد جاءت بنص عام وشامل لكافة طرق التعبير عن الإرادة سواء أكانت صريحة أم ضمنية وسواء أكانت ألفاظا أو أفعالا . إننا نرى أن هناك تفصيلاً وتكراراً لا لزوم له في المواد الخاصة بالإيجاب والقبول وأن المشرع لم يكن موفقاً في اقتباسه أحكاما من مجلة الأحكام العدلية وأحكاما من مرشد الحيران وكذلك أحكاما عن القانون المدني المصري دون محاولة التوفيق بينها بصياغة موجزة ودقيقة .

التعاطي:

التعاطي هو إبرام العقد عبر آلية الأخذ والإعطاء دون تلفظ بإيجاب وقبول بين الطرفين، وركنا التعاطي هما التراضي والذي هو بشكل عام أساس الالتزامات التعاقدية وكذلك الإعطاء . بالنسبة إلى التراضي فهو ركن معنوي يستخلص من الملابسات المحيطة بالركن المادي وهو الإعطاء من طرف والأخذ من طرف آخر كما

في عقد الهبة[1] . كما وأن الإعطاء والأخذ قد يتم بشكل تبادلي حيث إن كل طرف يكون معطياً وآخذاً كما في عقد البيع . إن عرض البضاعة مع بيان ثمنها يشكل إيجاباً طبقاً للمادة (٩٤) ولكن من الممكن أن يتم قبول هذا الإيجاب دون التلفظ حتى بكلمة واحدة كما هو البيع في المحلات التجارية الكبرى حيث يقوم المشتري بالتقاط السلعة ثم دفع ثمنها المبين عليها دون تبادل لفظي[2] . كما أن التعاطي يتم أيضا في حال البيع بواسطة الأجهزة الذاتية حيث يقوم المشتري بإدخال الثمن للجهاز ومن ثم الضغط على أزرار معينة حيث يقوم الجهاز بإخراج الشيء المبيع . هذا وإذا كان إبرام العقد يمكن إن يتم بالتعاطي فإن إنهاؤه كذلك قد يتم بالتعاطي[3] .

المسلك الدال على التراضي - لسان الحال:

وهو اتخاذ الطرفين أو أحدهما مسلكاً لا يرقى إليه شك بخصوص اتجاه إرادتهما إلى إجراء تصرف قانوني كما لو ترك شخص حقيبته لدى شخص آخر دون اعتراض هذا الأخير على بقاؤها لديه مما يرتب التزاما بالمحافظة عليها . إن قيام الوكيل أيضا بأداء العمل الموكل به يعتبر قبولاً للوكالة ولو لم يقبلها بشكل صريح . في البيع بقصد التجربة فإن إنقضاء مدة التجربة وسكوت المشتري مع تمكنه تجربة المبيع يعتبر قبولاً

---

(١) انظر م (٨٣٩) من مجلة الأحكام .

(٢) لمزيد من التفصيل عن التعاطي والآراء الفقهية بخصوصه . راجع وحيد سوار . التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي . مكتبة دار الثقافة ، طبعة ٢ (١٩٩٨) ، ص٢٣٢ - ٢٣٧ وكذلك مصطفى الزرقاء ، مرجع سابق ، ص٣٢٩ - ٣٣٠ .

(٣) م (٢٤٤) ق . م . هذا وقد أكدت محكمة التمييز أن المقصود بكلمة التعاطي في المادة (٢٤٤) هو المبادلة الفعلية وهي أفعال مادية تصدر عن المتعاقدين تعبيراً عن إرادتهم بالرجوع عن العقد ، تمييز حقوق ٩١٨/ ٩٠ . مجلة نقابة المحامين ، ص ١١٣٥ لسنة ١٩٩١ .

وكذلك استعماله للمبيع استعمالاً يزيد عما هو متعارف عليه دون قصد التجربة يعتبر قبولاً[1] .

إن بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد إنتهاء مدة الإيجار دون اعتراض المؤجر يعتبر أيضاً تمديداً لعقد الإيجار . إن مثل هذه التصرفات تشكل دليلاً على اتجاه الأخير إلى أجراء تصرف قانوني . إن المسلك الذي يتخذه الشخص وبحد ذاته ليس له آثار قانونية بل لا بد من اتجاه الإرادة وبصورة متزامنة مع المسلك لإنتاج الأثر القانوني المقصود . إن ركني لسان الحال هما المسلك الذي يسلكه شخص وهو عنصر مادي وكذلك اتجاه الإرادة إلى أحداث الأثر القانوني المترتب على مثل هذا السلوك وهو عنصر معنوي . إن المسلك في لسان الحال وبحد ذاته لا يعتبر وسيلة أصيلة للكشف عن الإرادة بل لا بد من وجود ظروف محيطة تسمح بتفسيره بهذا الاتجاه .

الإشارة المتعارف على دلالتها:

لم يقصر القانون الأردني الأخذ بالإشارة على الأخرس فقط كما ورد في المادة (١٧٤) من مجلة الأحكام، فالإشارة من الناطق إذا كانت ذات دلالة لا نزاع حولها تعتبر تعبيراً عن الإرادة كهز الرأس باتجاه الأعلى أو الأسفل مثلاً . أما إشارة الأخرس المعهودة فهي كما تقول المادة (٧٠) من المجلة تعتبر كالبيان باللسان .

إن العقود الناتجة عن التعاطي أو المسلك ذو الدلالة لا تتم بإيجاب وقبول . هذا ويلاحظ أن القانون المدني الأردني مقارنة مع القانون الفرنسي أو الألماني أو القوانين الإنجلوسكسونية هو القانون الوحيد الذي تناول مسألة إبرام العقد من خلال الإيجاب والقبول وبشيء من التفصيل وبهذا فقد وفر المشرع على الفقه عناء

(١) م. (٤٧١/ ٢) و (٤٧٦) ق . م.

الاجتهاد بهذه الأمور . ويرجع ذلك إلى اعتماد المشرع على الفقه الإسلامي الغني بالتفصيلات الدقيقة بشأن الإيجاب والقبول .

إن الفقه الإسلامي قد استوعب بداية فكرة العقود التي لا تتم بإيجاب وقبول فحيث أن الإيجاب والقبول في حقيقته يعكس تراضي الطرفين المتعاقدين فإن العقد قد ينعقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي[(١)] .

لقد أخذ القانون المدني الأردني في المادة (٩١/ ١) بفكرة التسلسل الزمني لصدور اللفظين من الطرفين المتعاقدين كأساس لتحديد الإيجاب والقبول فاللفظ الذي يصدر أولاً هو الإيجاب بينما اللفظ الذي يصدر ثانياً هو القبول وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية[(٢)] . وما يتفق بشكل عام مع الفقه الإسلامي وبالتالي فإنه يجوز تقديم القبول حيث يعتبر عندئذ إيجاباً . [(٣)]

استثناءات أخرى على مبدأ الإيجاب والقبول:

لقد نص القانون المدني على بعض الاستثناءات على مبدأ الإيجاب والقبول في إبرام العقد ومنها :

---

(١) انظر المادة (١٧٥) من المجلة " حيث أن القصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين ينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي " .

(٢) راجع المواد (١٠١) و (١٠٢) من المجلة .

(٣) انظر في الفقه الشافعي النووي، الروضة ٣/ ٢٣٦ وفي الفقه المالكي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٣ وفي الفقه الحنبلي االبهوتي، منتهى الإرادات ١/ ٣٢٨ .

تعاقد الشخص مع نفسه:

من الحالات التي تثير مسألة الإيجاب والقبول حالة تعاقد الشخص مع نفسه، وهذا التعاقد يمكن أن يتحقق في حالتين : الأولى أن يكون الشخص طرفاً في التعاقد لحساب نفسه ومتعاقداً بالنيابة عن الطرف الآخر والثانية أن يتعاقد كنائب عن طرفين. إن العقد الذي يبرم في هاتين الحالتين لا يتوافر فيه التعبير من إرادتين مستقلتين من خلال إيجاب صادر من طرف وقبول صادر عن طرف آخر بل إن النائب هو الذي يعبر عن إرادته وحدها. وقد يقال أن تعبير النائب هو في حقيقته ينطوي على التعبير عن إرادتين متميزتين يتم بهما إنعقاد العقد كأي عقد آخر[1]. ولكن قد يكون الاعتراض على هذا الرأي هو أن النائب يعبر عن إرادته وحده لهذا فإن شخصه لا شخص الأصيل هو الذي يكون محلاً للاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم أو وجوب العلم في بعض الظروف الخاصة[2]. هذا ويرى البعض أن السبب في منع تعاقد الشخص مع نفسه دون ترخيص الأصيل لا يرجع إلى إنعدام الإيجاب والقبول في هذه الحالة بل يرجع إلى تعارض مصالح الشخص المتعاقد مع من يتعاقد باسمه[3]. كما وأن هناك من يرى أن التعاقد مع النفس وبسبب أنه لا يشمل إلا على إرادة واحدة فهو يعتبر تصرفاً منفرداً من جانب واحد ولكن تترتب عليه جميع آثار العقد[4].

---

(١) جميل الشرقاوي. النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام (١٩٧٦) ص١٠٠.

(٢) م. (١١١) من القانون المدني الأردني.

(٣) عبد المنعم البدراوي. النظرية العامة للالتزامات. ج١. مصادر الالتزام (١٩٧٥) ص١١٥.

(٤) محمود جمال الدين زكي. الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج١، في مصادر الالتزام ص ١٠٥.

إن المادة (١١٥) من القانون المدني الأردني وكمبدأ عام أقرت منع تعاقد الشخص مع نفسه وقد أورد القانون تطبيقاً لهذا المنع في أحكام عقد البيع في المادتين (٥٤٨) و (٥٤٩)، إلا أن المادة نفسها قد أوردت استثناء على الأصل وهو الترخيص المسبق من الوكيل للنائب بالتعاقد وكذلك قيامه بإجازة التعاقد لاحقاً. وبهذا فإن تعاقد الشخص مع نفسه يعتبر تصرفاً صحيحاً في هاتين الحالتين. كما أن المادة (٩٠) أيضاً من قانون التجارة أجازت تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه باسم موكله إذا رضي الموكل بذلك. إنه من الطبيعي أن مثل هذه العقود التي يجريها النائب أو الوكيل مع نفسه لا تتم عبر آلية الإيجاب والقبول.

عقد الهبة والكفالة والوكالة والإيداع:

طبقا للمادة (٥٥٨/ ١) فإن عقد الهبة من العقود التي يتم إبرامها بإيجاب صادر عن طرف وقبول صادر عن الطرف الآخر ولا تتم إلا بالقبض. إلا أن الفقرة الثانية من هذه المادة أجازت إبرام عقد الهبة بإيجاب دون قبول في حالات محددة وهي كون الواهب ولياً أو وصياً للموهوب له وكذلك في حال كون الموهوب له صغيراً ويقوم الواهب نفسه على تربيته. في مثل هذه الحالات فإن العقد يبرم بالإيجاب الصادر من الولي أو الوصي أو الشخص القائم على التربية فقط ولا يتوقف على القبول أو القبض. كما وأن الكفالة أيضاً تبرم بإيجاب صادر من الكفيل فقط[1] دون حاجة إلى قبول المكفول له أو إجازته ولكن يثبت له حق الرد. فالكفالة ليست تصرفا قانونياً

(١) م (٩٥١) ق. م (يكفي في انعقاد الكفالة ونفاذها إيجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له) وهذا أحد قولين لكل من أبي يوسف والشافعي، أما القولين الآخرين فان القبول يعتبر ركنا في الكفالة. والكفالة هي تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، ولهذا يرى المرحوم السنهوري أن الراجح أن الكفالة تحتاج الى إيجاب وقبول. مصادر الحق. ج ١ . دار إحياء التراث العربي. بيروت ١٩٧٩ ص٣٥.

يكتفى لإبرامه توافر الإيجاب فقط بل إن الإيجاب يجب أن يصدر عن الكفيل فالقانون حدد الطرف الذي يجب أن يكون موجباً وهذا الإيجاب يكفي لإنعقاد الكفالة ونفاذها ما لم يردها المكفول له[1]. أما بالنسبة لعقد الوكالة فإن القانون قد أعطى للموكل حق عزل وكيله باستثناء حالتين وكذلك أعطى الحق للوكيل نفسه بإمكانية أن يقيل نفسه ضمن شروط معينة[2]. إن هذا يعتبر خروجاً على القواعد العامة في اشتراط التراضي بين الطرفين لإنهاء العقد[3]. إن حق العزل أو الإقالة يمكن أيضاً اعتبارهما من التصرفات المنفردة. أما بالنسبة إلى عقد الإيداع بلا أجر فإن لكلاً من المودع أو المودع لديه حق فسخ العقد وهذا يتم بإيجاب ولا يتوقف على قبول الطرف الآخر. إن تحليل إبرام أو إنهاء مثل هذه العقود لا يمكن أن يتم من خلال الإيجاب والقبول فهي تعتبر من قبيل الاستثناءات على المبدأ.

تجديد عقدي الإيجار والعمل:

طبقاً للمادة (٦٧٠) فإنه إذا تم الاتفاق بين الطرفين في عقد الإيجار على دفع الأجرة أما بشكل اسبوعي أو شهري أو سنوي دون تحديد مدة معينة لهذا العقد فإن العقد، يعتبر معقوداً لمدة تماثل هذه الوحدة الزمنية المقررة لدفع الأجرة، فإذا انتهت هذه المدة دون مطالبة أحد الطرفين بفسخ العقد فإن العقد يتجدد تلقائياً لمثل هذه المدة الزمنية. ومثل هذا التجديد إنما يعتبر عقداً جديداً إلا أنه يبرم دون إيجاب وقبول فعليين. أما إذا كان تم تحديد مدة لعقد الإيجار وانتهت هذه المدة مع بقاء المستأجر

---

(١) تمييز حقوق ١٥٨/ ٩٠ مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٩١ ص١٦٥٦.

(٢) المواد (٨٦٣) و (٨٦٥) ق. م

(٣) م. (٢٤١) ق. م

منتفعاً بالمأجور برضى المؤجر وسواء تم التعبير عن هذا الرضى صراحة أم ضمناً كالسكوت مثلاً فإن العقد يعتبر مجدداً بنفس الشروط[1] . في مثل هذا الوضع فإن تجديد العقد لا يتم بإيجاب وقبول يصدران عن طرفي العقد. إن ما يطبق على عقد الإيجار يطبق أيضاً على عقد العمل المحدد المدة والذي يستمر طرفاه بتنفيذه بارادتيهما بعد إنتهاء مدته حيث يعتبر ذلك تجديداً له لمدة غير معينة[2] . لقد ذهب القانون إلى ابعد من ذلك حيث أنه إذا كان هناك عذراً يستدعي استمرار عقد العمل الذي انتهت مدته فإن العقد يستمر بقدر الحاجة إلى استمراره وهذا يعتبر تمديداً قانونياً لعقد العمل ليس فقط إنه لا يحتاج إلى إيجاب وقبول صريحين أم ضمنيين من طرفيه بل يمدد دون اعتبار لإرادة أو رضى أحدهما[3] . إنه وسواء تم تفسير إبرام مثل هذه العقود على أساس سلوك الطرفين الدال على التراضي أو على أساس الإيجاب والقبول الضمنيين أو على أساس أن السكوت في معرض الحاجة إلى بيان بيان فإن النتيجة واحدة وهو إنها تخرج عن المبدأ التقليدي للإيجاب والقبول.

---

(١) م (٧٠٧/ ٢) ق. م. انظر تمييز حقوق ٧٢٣/ ٩٠. مجلة نقابة المحامين ص١٧٢٠ سنة ١٩٩١، " إذا استمرا طرفا العقد المحدد المدة في تنفيذه بعد انقضاء مدته اعتبر ذلك تجديداً له لمدة غير محددة " .

(٢) م (٨٠٩). ق. م. انظر تمييز حقوق ١٨٠١/ ٩٤ مجلة نقابة المحامين ص ٢٣٤٩ سنة ١٩٩٦ " يتحول عقد العمل المحدد المدة إلى عقد غير محدد المدة أدنى تجدد ضمنياً باستمرار المتعاقدين في تنفيذ أحكام " انظر إيجابا تمييز حقوق ٨٩١ / ٨٨ مجلة نقابة المحامين ص ١٥٩١ سنة ١٩٩٥ كذلك تمييز حقوق ٦٥٢/ ٨٨، نفس العدد ص ١٥٩٦.

(٣) م (٨٢٥) ق. م

عقد الشركة:

لقد نصت المادة (٤) من قانون الشركات رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ بخصوص شركة التضامن على إنها تتكون من عدد من الشركاء لا يقل عن اثنين ولا يزيد عن العشرين وبالتالي فإن عقد الشركة الذي يوقعه أكثر من طرف يثير إشكالاً فيما يتعلق بالإيجاب والقبول. إن من الصعوبة معرفة الشريك الموجب والشريك القابل سواء تم توقيع الشركاء معاً وبصورة متزامنة أو تم توقيعهم على فترات مختلفة. إنه لا يمكننا القول أن الشركة هي الطرف الموجب وأن الشركاء جميعهم هم الطرف القابل لأن عقد الشركة يجب أن يتم توقيعه من الشركاء قبل منح الشخصية الاعتبارية للشركة. فالشخصية الاعتبارية لا تمنح للشركة الا بعد تسجيلها حيث إن طلب التسجيل يجب أن يرفق به نسخة عن عقد الشركة[1].

---

(١) م (١١) من قانون الشركات رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ .

الخاتمــة

كما كان الفقه الإسلامي سباقاً في استنباطه لمبدأ الإيجاب والقبول في إبرام العقد، فقد كان سباقاً أيضا في استشرافه لفكرة العقد الذي لا يتم إبرامه بإيجاب وقبول.

إننا نعتقد أن مبدأ الإيجاب والقبول في النظم القانونية الغربية كان مصدره الفقه الإسلامي حيث انتقل المبدأ إلى فرنسا ومن ثم تأثر به القانون الإنجليزي كما رأينا.

بالنسبة إلى نصوص القانون المدني الأردني الخاصة بالمبدأ، فقد استمدها المشرع من مجلة الأحكام العدلية ومن مرشد الحيران وكذلك من القانون المدني المصري، إلا أن المشرع لم يكن موفقاً في هذا الأخذ. فقد كان عليه أن يعيد صياغة هذه المواد بشكل يوفق بينها ويختصرها إلى مبدأ موجز يعكس الواقع الراهن. إن الإشارة إلى صيغ الألفاظ القواعدية واللفظية لم يعد يتلاءم مع الواقع العملي ومع مبدأ حرية الإرادة في التعبير عن نفسها. لهذا فإننا نرى مثلاً أنه يمكن الاستغناء عن كل من المادتين (٩١) و (٩٢) حيث ان ما ورد في المادة (٩٠) والمادة (١٠٥) ما يغني عنهما.

إن التأكيد على أسلمة القانون المدني قد دفع المشرع إلى إقدامه على مجرد النقل عن مصادر إسلامية متعددة دون بذل محاوله للتوفيق بينها وإعادة الصياغة وحذف المتشابه أو الزائد لهذا فقد احتوى القانون على كثير من المواد بخصوص الإيجاب والقبول (حوالي خمس عشرة مادة) سواء في الأحكام الخاصة بإنعقاد العقد أو إنهائه أو عند تناوله لإجازة العقد الموقوف أو لدى تناوله للفسخ أو الإجارة لخيار الشرط.



مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة وتطبيقاته في أحكام القضاء الإداري

دراسة مقارنة

إعداد

الدكتور / موسى مصطفى شحادة *

---

* أستاذ القانون العام المساعد/ رئيس شعبة البحوث القانونية والخبير بمركز البحوث والدراسات - الشارقة



ملخص البحث

يهدف هذا البحث إلى دراسة مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة باعتباره أحد المبادىء العامة للقانون الذي يحكم التعيين في الوظائف العامة . وتوصلت الدراسة إلى أنه لا يجوز التمييز بين المتقدمين لشغل الوظائف العامة استنادا للاعتبارات السياسية أو الدينية أو لاعتبارات الجنس لمخالفة ذلك للمواثيق الدولية ولدساتير الدول .

وإذا كان من حق الإدارة تقدير صلاحية المرشحين لشغل الوظائف العامة وفقاً لمتقضيات المرفق العام، فيكون ذلك متوقفا على أن لا يشوب قراراها خطأ في القانون، أو خطأ ظاهر في التقدير، أو انحراف بالسلطة عن المصلحة العامة، أو خطأ في تقدير الوقائع . وأن التمييز بين الجنسين لا يكون إلا إذا اقتضت طبيعة الوظيفة أو شروط ممارستها ذلك، ويكون ذلك تحت رقابة القضاء .

مقدمة عامة:

١ - مبدأ المساواة بمفهومه العام:

يعد مبدأ المساواة بين الأفراد من المبادئ الأساسية التي أكدتها الأديان السماوية، والمواثيق الدولية المقررة لحقوق الإنسان والتشريعات الوضعية وخاصة دساتير الدول على اختلاف أيديولوجياتها، وكذلك الأحكام القضائية (أحكام المحاكم).

وإذا كان التشريع الإسلامي يستوعب مبدأ المساواة بين الأفراد باعتباره صورة من صور العدالة المطلقة، فإن هذا المبدأ يعتبر حجر الزاوية في كل تنظيم ديمقراطي للحقوق والحريات العامة، فهو من الديمقراطية بمثابة الروح من الجسد وبغيره ينتفي كل معنى للديموقراطية وينهار كل مدلول للحرية[١].

يرى بعض فقهاء القانون العام أن مبدأ المساواة كأصل عام يتفرع عنه أمور ثلاثة: [٢].

- مبدأ المساواة أمام القانون واللوائح.
- مبدأ المساواة أمام المرافق العامة.
- مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة.

ويرى آخرون أن مضمون مبدأ المساواة ينقسم إلى [٣]:

- المساواة أمام القانون.
- المساواة أمام القضاء.

---

(١) PIPERT , Le régime démocratique et le droit civil moderne , 2 eme édition , Paris , 1948 p. 83.

(٢) JEANNEAU Benoit , les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative ,. éditions du Recueil Sirey . Paris 1954, p.7.

(٣) بدوي ثروت، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٩ ص ٤١٣ وما بعدها.

* المساواة أمام وظائف الدولة .
* المساواة أمام التكاليف والأعباء العامة .

يجد مبدأ المساواة بين الأفراد أساسه وسنده ومنطقه وفلسفته في النظام الإسلامي وفي المواثيق الدولية وفي التشريعات الوضعية وفي أحكام القضاء .

أولاً: مبدأ المساواة في النظام الإسلامي:

المساواة بين الأفراد حقيقة ظاهرة في النظام الإسلامي ، وسمة لازمة للمجتمع الإسلامي وخصيصة من خصائصه على اعتبار أن المساواة هي صورة من صور العدالة المطلقة وفرعاً من فروعها .

وعلى ذلك دعا الإسلام الحنيف إلى مساواة الأفراد في الحقوق والحريات ، ومساواة الأب بين أبنائه ، والزوج بين زوجاته ، ومساواة القاضي بين الخصوم ، ومساواة القانون بين الأفراد ، وكل هذا له شواهد من القرآن الكريم والسنة مما يطول الحديث عنه .

ويذكر العلماء عند بحثهم عن مصدر حجية مبدأ المساواة من القرآن الكريم قوله تعالى : ﴿ إنما المؤمنون أخوة ﴾ [1] ، وقوله تعالى : ﴿يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾ [2] ، وقوله تعالى : ﴿ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا﴾ [3] .

---

(١) سورة الحجرات ، الآية ١٠ .

(٢) سورة الحجرات ، الآية ١٣ .

(٣) سورة الإسراء ، الآية ٧٠ .

ومن السنة قول رسول الله ﷺ: «الناس سواسية كأسنان المشط ، لا فضل لعربي على أعجمي إلا بالتقوى» . وقد أرسى سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه مبدأ المساواة في رسالته لأبي موسى الأشعري بقوله "واس بين الناس وفي وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك "[٢]

ومن تطبيقات مبدأ المساواة بين الأفراد في القانون الإسلامي أن ابن الوالي في مصر عمرو بن العاص لطم قبطياً لأنه سابقه فسبقه فشكاه إلى الخليفة العادل عمر ابن الخطاب رضي الله عنه ، فأرسل الفاروق إلى عمرو بن العاص وابنه وإلى القبطي الذي قدم الشكوى ، وقال له سيدنا عمر : أهذا الذي ضربك ؟ قال : نعم ، قال : اضربه ، فأخذ يضربه حتى اشتفى ، فقال له عمر : زد ابن الأكرمين ، ثم قال لعمرو بن العاص قولته المشهورة : منذ كم يا عمرو "استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً " [٣] .

وروي أن " المأمون شكاه رجل إلى القاضي يحيى بن أكثم ، فنودي الخليفة المأمون ليجلس مع خصمه فأقبل ومعه غلام يحمل المصلى فأمره القاضي بالجلوس ، فطرح المصلى ليجلس عليه ، فقال له القاضي : يا أمير المؤمنين لا تأخذ على خصمك شرف المجلس ، فطرح للخصم مصلى آخر ليجلس عليه "[٤] .

وقد أكد لنا الفقهاء المسلمون هذا المعنى فقالوا أن على القاضي " التسوية بين الخصوم في المدخل واللحظ واللفظ والمجلس من دون تمييز بين الشريف والمشروف

---

(٢) ابن خلدون ، المقدمة ص ٢٢٥ ، الماوردي الأحكام السلطانية ص ٦٨ .

(٣) فضيلة الشيخ المرحوم محمد أبو زهرة ، التشريع الإسلامي خواصه ومراحله ، مقالة نشرت في مجلة المسلمون عدد ٢١ ، مجلد ٢٥ ص ٣٨ .

(٤) البيهقي ، كتاب المحاسن والمساوئ ، ص ٥٣٣ ، أشار إليه الأستاذ محمد شكيب أرسلان في كتاب القضاء والقضاة ، ص ٢٥٠ .

والحر والعبد والمسلم وغير المسلم " [1].

ثانياً- مبدأ المساواة في المواثيق الدولية المقررة لحقوق الإنسان:

يجد مبدأ المساواة بين الأفراد أساسه وسنده في الكثير من التشريعات الدولية . وخاصة في الإعلانات العالمية لحقوق الإنسان والمواثيق الدولية . فلقد نص إعلان حقوق الإنسان والمواطن الذي جاءت به الثورة الفرنسية في ٢٦ آب ١٧٨٩م على مبدأ المساواة .

فالمادة رقم (١) منه تنص على ((أن الناس يولدون ويعيشون أحراراً ومتساوين أمام القانون))، وتنص المادة رقم (٦) على " . . . أن جميع المواطنين متساوون أمام القانون في الكرامة والحقوق والوظائف العامة . . . "

وبرز اهتمام الفقه الدولي بحقوق الإنسان من خلال جهود منظمة الأمم المتحدة والهيئات غير الحكومية - وخاصة بعد الحرب الكونية الثانية- . وتجسدت هذه الجهود في مجموعة من الإعلانات والمواثيق العالمية وأهمها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم (٢١٧) في دورة انعقادها العادية الثالثة في العاشر من كانون أول ١٩٤٨م، حيث تنص المادة الأولى منه على " أن يولد جميع الناس أحراراً متساوين في الكرامة والحقوق، وقد وهبوا عقلاً وضميراً، وعليهم أن يعامل بعضهم بعضاً بروح الإخاء" . وتنص المادة رقم (٧) منه على أن "كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة منه دون أية تفرقة، كما أن لهم جميعاً الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان وضد أي تحريض على تمييز كهذا " . أما المادة رقم (١٠) من هذا

(١) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، مرجع سبق ذكره ،ص ٢٩ .

الإعلان فتؤكد على مبدأ المساواة أمام القضاء بقولها " لكل إنسان الحق، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً علنياً للفصل في حقوقه والتزاماته وأية تهمة جنائية توجه إلية " .

وإذا كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قد وضع الأسس العامة لحقوق الإنسان، فقد صدرت عن الأمم المتحدة وعن غيرها من المنظمات والهيئات الدولية إعلانات ومعاهدات دولية تفصيلية عديدة أهمها : العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦م، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ١٩٦٦م، والبروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦م، والإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان لسنة ١٩٤٨م والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٦٩م، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ١٩٥٠م وإعلان طهران الصادر عن المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان ١٩٦٨م . . . إلخ .

ثالثاً: مبدأ المساواة في الدساتير:

تمشياً مع الإعلانات والمواثيق الدولية المقررة لحقوق الإنسان، فقد تبنت معظم الدول في تشريعاتها، خاصة في دساتيرها المختلفة الكثير من القواعد المنظمة والمقررة لحقوق الإنسان ومنها مبدأ المساواة .

فقد نصت المادة رقم (٢) من الدستور الفرنسي الحالي لسنة ١٩٥٨ على أن " . . . تضمن فرنسا مساواة جميع المواطنين أمام القانون دون تمييز بينهم بسبب الأصل أو الجنس أو الدين . . . " . ونصت المادة رقم (٤٠) من دستور جمهورية مصر العربية لعام ١٩٧١م الحالي على أن " المواطنون لدى القانون سواء، وهم

متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة " . ونصت المادة رقم (٦) من الدستور الأردني الحالي على أن " جميع الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم وإن اختلفوا في اللغة أو العرق أو الدين " .

وقد حرص دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الحالي لسنة ١٩٧١م على تأكيد مبدأ المساواة في أكثر من نص، فقد نصت المادة (١٤) على أن " المساواة، والعدالة الاجتماعية، وتوفير الأمن والطمأنينة، وتكافؤ الفرص لجميع المواطنين، من دعامات المجتمع، والتعاضد والتراحم صلة وتقى بينهم" . ثم أكد في المادة رقم (٢٥) منه على أن " جميع الأفراد لدى القانون سواء، ولا تمييز بين مواطني الاتحاد بسبب الأصل أو الموطن أو العقيدة الدينية أو المركز الاجتماعي " .

ولم يقتصر المشرع الدستوري في تقريره لحق المساواة على المواطنين فحسب، بل اكدّه للأجانب، حيث نص في المادة رقم (٤٠) على أن " يتمتع الأجانب في الاتحاد بالحقوق والحريات المقررة في المواثيق الدولية المرعية، أو في المعاهدات والاتفاقيات التي يكون الاتحاد طرفاً فيها وعليهم الواجبات المقابلة لها" . ومبدأ المساواة في هذا الصدد لا يمتد إلى الحقوق والواجبات السياسية مثل حق الترشيح وحق الانتخاب وواجب الخدمة العسكرية، فهذه حقوق وواجبات مقصورة على المواطنين دون الأجانب .

رابعاً: مبدأ المساواة في أحكام القضاء:

جعل القضاء، وخاصة القضاء الإداري في فرنسا ومصر والأردن وغيرها من الدول مبدأ المساواة بين الأفراد واحداً من المبادئ العامة للقانون التي يجب على

السلطات الإدارية احترامها . وإذا كان القضاء الإداري نادراً ما يستخدم عبارة " مبدأ المساواة بين المواطنين "[1] في أحكامه، فإنه يستخدم عبارات متعددة تعبر كلها عن مبدأ المساواة، فتارة يستخدم عبارة " مبدأ المساواة أمام القانون واللوائح " وتارة يستخدم عبارة " مبدأ المساواة أمام التكاليف والأعباء العامة " ، وأحيانا يستخدم عبارة " مبدأ المساواة أمام المرافق العامة " .

سنعود إلى هذا الموضوع عند الحديث عن تطبيقات مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة في مبحث لاحق .

موضوع البحث:

يدور هذا البحث حول موضوع مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة باعتباره أحد المبادئ العامة للقانون التي تثير جدلاً ونقاشاً هاماً في نظام القانون والقضاء الإداريين .

ويتناول هذا البحث بالإضافة إلى تحديد مفهوم مبدأ المساواة بمفهومة العام في النظام الإسلامي، وفي المواثيق الدولية المقررة لحقوق الإنسان، وفي دساتير الدول على اختلاف أيديولوجياتها، وفي أحكام القضاء، تحديد الأساس القانوني لمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة .

وسنحاول في هذا النطاق دراسة نتائج هذا المبدأ وموقف القضاء الإداري منها في فرنسا والأردن ودولة الإمارات العربية المتحدة .

---

(١) Conseil d,Etat (C.E.) , 10 Juillet 1946, societé charles Fréres, Rec., Leb, P. 298.

أهمية البحث:

لموضوع هذا البحث أهمية نظرية وعملية لعدة أسباب :

١- عدم توفر هذه الدراسة في مكتبة القانون العام العربية مع شدة الحاجة إليها من جانب دول فتية كالأردن ودولة الإمارات العربية المتحدة لم تظفر بما يلزمها من دراسات قانونية في هذا المجال، خاصة وأن ما يتوفر حول هذا المبدأ لا يزيد عن معلومات عامة تقع في ثنايا الكتب العامة للقانون الإداري ومن خلال تناول مبدأ المساواة أمام القانون واللوائح .

٢- قيام هذه الدراسة على المقارنة، لما للدراسات المقارنة من مزايا علمية وعملية عديدة، فهي تحقق فهم مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة في دول المقارنة، وخاصة فرنسا، الدولة ذات النظام القانوني والقضائي الأكثر كمالاً وإنجازاً، وتساعد بالنتيجة على تحديد مفهوم هذا المبدأ في الأردن ودولة الإمارات العربية المتحدة .

٣- تبرز أهمية هذا المبدأ لما يحققه من عدالة ومساواة بين الموظفين باعتباره أحد المبادئ الهامة والجوهرية التي تحكم التعيين في الوظيفة العامة .

٤- تبرز أهمية هذا البحث كذلك بتناوله نتائج مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة .

أهداف البحث:

هدف هذا البحث إلى تحقيق ما يلي:

١ - تأصيل مبدأ المساواة بمفهومة العام في النظام الإسلامي وفي المواثيق الدولية المقررة لحقوق الإنسان، وفي دساتير الدول المختلفة وفي أحكام القضاء.

٢ - تحديد الأساس القانوني لمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة.

٣ - دراسة أهم نتائج مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة.

٤ - بيان موقف القضاء الإداري من مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة.

صعوبات البحث:

تتمثل صعوبات البحث فيما يلي:

١ - قلة المراجع المتوفرة حول مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة، وأن معظم ما يكتب يتناول مبدأ المساواة بمفهومة العام.

٢ - يتناول معظم الفقه مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة من خلال مبدأ المساواة أمام القانون واللوائح وليس كمبدأ مستقل بذاته.

٣ - اختلاف الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية للطبقات الفقيرة عن الطبقات الغنية يحول أحياناً دون تطبيق مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة، لأنه يقتضي حصول الطبقات الفقيرة على مؤهلات وخبرات معينة تنافس مؤهلات وخبرات الطبقات الغنية، ومن ثم ينشأ عدم مساواة فعلية بين المواطنين في تولي الوظائف العامة، وذلك بالرغم من قيام المساواة القانونية بينهم.

منهج وخطة البحث:

يقوم هذا البحث على أساس المنهج النظري والتحليلي المقارن مستنداً إلى التشريعات وموقف الفقه والقضاء من مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة، لذا نرى تقسيم هذا البحث وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: الأساس القانوني لمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة.

المطلب الأول: الأساس التشريعي.

المطلب الثاني: الأساس المستمد من مبدأ المساواة أمام القانون واللوائح.

المبحث الثاني: نتائج مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة.

المطلب الأول: رفض التمييز بين المتقدمين لتولي الوظائف العامة استناداً للاعتبارات السياسية.

المطلب الثاني: رفض التمييز بين المتقدمين لتولي الوظائف العامة استناداً للاعتبارات الدينية.

المطلب الثالث: رفض التمييز بين المتقدمين لتولي الوظائف العامة استناداً لاعتبارات الجنس.

المبحث الثالث: موقف القضاء الإداري من مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة.

المبحث الأول

الأساس القانوني لمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة

تمهيد: المبادئ التي تحكم التعيين في الوظائف العامة:

يخضع التعيين في الوظائف العامة لمبدأين أساسيين:

أولهما : مبدأ مساواة الموظفين أمام تولي الوظائف العامة Le principe d' égale admissibilité aux emplois publics هو مبدأ دستوري [١] ، أي تنص عليه المواثيق الدولية لحقوق الإنسان ، وكذلك دساتير الدول على اختلاف أيديولوجياتها وتوجهاتها ، مما يوجب احترامه نصاً وروحاً .

ثانيهما : مبدأ التعيين حسب الكفاءة Le principe de mérité ، وهو مبدأ متعارف عليه ضمن قوانين وأنظمة الخدمة المدنية . وتطبيق هذا المبدأ يعني : [٢]

- عدم الأخذ بالاعتبار الانتماءات السياسية للمرشحين .
- عدم الاعتداد بالضغوط الاجتماعية ، والقرابة والصداقة .
- الاعتماد على الاختبارات التنافسية في التعيين .

ويرى الدكتور عبد المنعم محفوظ [٣] أن اختيار الموظفين حسب الكفاءة يعني احترام الديمقراطية أو الفرص المتساوية للتعيين من جهة ، وكذلك مراعاة الأساليب الفنية المتضمنة اختيار الموظفين ، مما يدلل بدوره على عدم الأخذ بتعيين الأقارب أو التعيين حسب المصلحة .

---

(١) GAZIER Francois , La fonction publique dans le monde , Edition Gujas , 1972 p. 103.

(٢) Ibid p. 107.

(٣) MAHFOUZ Abdel Moneim, Récherche sur la fonction publique dans ses rapports avec le pouvoir éxecutif , thèse , paris 2 , 1974 p. 105.

إن هذين المبدأين ليسا متناقضين، بل متكاملين، أي يكمل إحداهما الآخر، فالتعيين حسب الكفاءة لا يعني خرقاً لمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة، وإنما تهذيبا وتفعيلاً له، لأنه يركز على اختيار الأفضل من الموظفين الممنوحين فرصاً متساوية. من ناحية أخرى فإن مبدأ المساواة يدعم مبدأ التعيين حسب الكفاءة، لأن المساواة لا تكون إلا بين المتساوين في نفس الظروف.

وتقتضي المساواة في مجال الوظيفة العامة الالتزام بالمساواة بين كافة المواطنين في شغل الوظائف العامة، وبذلك لا تكون الوظائف العامة امتيازاً لطبقة معينة أو لفئة من الناس، بل يتمتع بشغلها كل مواطن تتوافر فيه الشروط المقررة لشغل هذه

بحضرتنا باشرناه بأنفسنا ومهما غاب عنا ولينا أهل القوة والأمانة فمن يحسن نزده حسناً ومن يسيء نعاقبه "[1] . ويقول سيدنا علي رضي الله عنه في بيان أساس تولي الوظيفة في الدولة الإسلامية " فإن عليّ الاجتهاد لأمة محمد حيث علمت القوة والأمانة استعنت بها في بني هاشم أو غيرهم "[2] .

وهناك تطبيقات كثيرة لهذا المبدأ من الكتاب والسنة وقول الصحابة والفقهاء المسلمين مما يطول سرده[3] .

ويجد مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة سنده وأساسه القانوني في الأسس التالية :

- الأساس التشريعي .
- الأساس المستمد من مبدأ المساواة أمام القانون واللوائح .

---

(١) ابن سعد ، الطبقات الكبرى جـ ٣ ، ص ٢٧٤ .

(٢) الإقامة والسياسة ص ٢٦ .

(٣) انظر في هذا الخصوص، البياتي، منير أحمد، الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي " دراسة دستورية شرعية وقانونية مقارنة " ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، الدار العربية للطباعة، بغداد ١٩٧٩ ص ١٣٨ - ١٤٣ و ٢١٩ - ٢٢١ .

المطلب الأول

الأســـــاس التشـــــريعي

أولاً: المواثيق الدولية المقررة لحقوق الإنسان:

يرجع المصدر التاريخي لمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر في ٢٦أغسطس ١٧٨٩، حيث تنص المادة رقم (٦) منه على أن " جميع المواطنين متساوون في القبول بكل الوظائف العامة حسب قدراتهم، دون أي تمييز آخر لغير فضائلهم ومواهبهم " .

وقد انتقل هذا المبدأ من فرنسا إلى باقي دول العالم، وأصبحت المساواة في تولي الوظائف العامة مبدأ دستورياً عالمياً منصوصاً عليه في المواثيق الدولية. ولقد تضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠ديسمبر ١٩٤٨ عن الجمعية العامة للأمم المتحدة هذا المبدأ، حيث نصت المادة رقم (٢١/ ٢) منه على أن " لكل شخص نفس الحق الذي لغيره في تقلد الوظائف العامة في البلاد " .

وتم التأكيد على هذا المبدأ في نصوص العهود والمواثيق الدولية (des pactes intérnationaux)، وخاصة العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة ١٩٦٦، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦، حيث تضمنت هذه المواثيق العديد من النصوص المتعلقة بمبدأ المساواة أمام القانون، وبصفة خاصة مبدأ مساواة الرجال والنساء في الحصول على عمل، وفي ممارسة العمل النقابي. وأن العمل النقابي هذا لا يكون إلا في إطار القانون وبما لا يتعارض مع مصلحة الأمن الوطني أو النظام العام (dans L' intéret de la

(sécurité nationae ou L' ordre public)[1].

كذلك نجد صدى لهذا المبدأ في نصوص الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية الصادرة في روما في ٤ نوفمبر ١٩٥٠ وخاصة في المادتين (١٠ و ١١). وفي الميثاق الأوروبي للحقوق الاجتماعية الصادر في ١٨ أكتوبر ١٩٦١، وفي إعلان طهران الصادر عن المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٦٨.

من الملاحظ أن جميع هذه الإعلانات والمواثيق والعهود تؤكد على حق كل مواطن في تولي الوظائف العامة بالشروط المعينة بالقوانين والأنظمة، وهي عادة شروط عامة ومجردة تتيح لكل مواطن الفرصة المتكافئة لشغل الوظائف العامة.

وعلى الرغم من أن هذه الإعلانات والمواثيق والعهود تعتبر أن مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة هو أحد المبادئ الدستورية العالمية التي تحرص عليها الديمقراطيات المعاصرة، إلا أنه ليس لهذه التشريعات سوى قيمة معنوية وسياسية (une valeur morale et politique)، ولا تتمتع بقيمة قانونية (une valeur juridique)[2].

ونحن نعتقد أن هذه الإعلانات والمواثيق والعهود هي عبارة عن توجيهات فلسفية وسياسية ومعنوية غير ملزمة للدول، وإنما تساعد الدول على تبني ما جاء فيها من نصوص في دساتيرها وقوانينها.

---

(١) المادة رقم ٨ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية، والمادة رقم ٢٢ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية السياسية.

(٢) C.E.Ass. 23 novembre 1984, Roujansky , p. 383; A.J.D.A ., 1985 P. 216 concl . Labetoulle ; conseil constitutionnel Francais , 14 janv . 1983 , A.J.D.A.,1983 P. 319 . obs . Y. GAUDEMET .

ثانياً: الدساتير:

تضمنت دساتير العديد من الدول على اختلاف أيديولوجياتها وتوجهاتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية نصوصاً صريحة على مبدأ مساواة المواطنين أمام تولي الوظائف العامة . فديباجة الدستور الفرنسي الصادر في ٢٧ أكتوبر ١٩٤٦ والتي أكدّ عليها الدستور الحالي الفرنسي الصادر في ٤ أكتوبر ١٩٥٨ نصت على مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة بقولها " يضمن القانون للمرأة وفي جميع الميادين حقوقاً مساوية لحقوق الرجل " .

ونصت أيضاً على أن " لكل مواطن الحق في الحصول على عمل والحصول على الوظائف العامة ، ولا يجوز أن يتضرر أحد في عمله أو وظيفته بسبب أصوله أو آرائه أو معتقداته " .

وأكد الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة في المادة رقم (٢) منه بقولة " . . . تضمن فرنسا مساواة جميع المواطنين أمام القانون دون تمييز بينهم بسبب الأصل أو الجنس أو الدين . . . " .

ومن الأمثلة على ذلك دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ ، حيث تنص المادة رقم (٨) على أن " تكفل الدولة تكافؤ الفرص بين المواطنين " ، وكذلك المادة رقم(١٤) بقولها " الوظائف العامة حق للمواطنين " . وتنص المادة رقم (٦/ ٢) من الدستور الأردني الحالي لسنة ١٩٥٢ على أن " الدولة تكفل لجميع الأردنيين فرصاً متساوية في الحصول على الوظائف العامة " . أما المادة رقم (٢٢/ ١) منه فتنص على أن " لكل أردني حق تولي المناصب العامة بالشروط المعينة بالقوانين والأنظمة " . ونصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أن " التعيين للوظائف العامة من دائمة

ومؤقتة في الدولة والإدارات الملحقة بها والبلديات يكون على أساس الكفاءات أو المؤهلات " . أما المادة رقم (٣٥/ ١) منه فتنص على أن "باب الوظائف العامة مفتوح لجميع المواطنين على أساس المساواة بينهم في الظروف وفقاً لأحكام القانون" .

وأكدّ دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الحالي لسنة ١٩٧١ على مبدأ مساواة المواطنين أمام تولي الوظائف العامة . فالمادة (١٤) تنص على أن " المساواة والعدالة الاجتماعية وتوفير الأمن والطمأنينة وتكافؤ الفرص لجميع المواطنين من دعامات المجتمع " . أما المادة رقم (٣٥/ ١) فتنص على أن " باب الوظائف العامة مفتوح لجميع المواطنين على أساس المساواة بينهم في الظروف وفقاً لأحكام القانون " .

من الملاحظ أن جميع هذه الدساتير التي أوردناها على سبيل المثال وليس الحصر تؤكد على مساواة جميع المواطنين أمام تولي الوظائف العامة باعتباره مبدأ دستورياً يجب احترامه وتطبيقه من قبل الإدارة المختصة بتعيين الموظفين العامين، وعليها أن تمتنع عن القيام بأي تصرف يتعارض مع نص وروح هذا المبدأ .

ثالثاً: القوانين والأنظمة الخاصة بالخدمة المدنية:

استنادا إلى النصوص الدستورية التي تؤكد مبدأ مساواة جميع المواطنين أمام تولي الوظائف العامة، صدرت عدة قوانين وأنظمة خاصة بالخدمة المدنية تكفل احترام هذا المبدأ . فلقد نصت المادة (٧) من نظام الخدمة المدنية الفرنسي الأول والصادر في ٩/ ١٠/ ١٩٤٦ على أنه " لا يجوز لغايات تطبيق هذا النظام التمييز بين الجنسين ما لم يكن هنالك نص على ذلك " . كذلك نصت المادة (٧) من المرسوم الصادر في ٤ فبراير ١٩٥٩ والخاص بنظام الخدمة المدنية على أنه "لغايات تطبيق هذا المرسوم لا يجوز التمييز بين الجنسين باستثناء الإجراءات الاستثنائية المنصوص عليها في الأنظمة الوظيفية الخاصة والتي تقتضيها طبيعة المناصب" . وهذا ما تبنته المادة (٦)

من قانون الخدمة المدنية الفرنسي الصادر في ١٣/ ٧/ ١٩٨٣ بقولها "لا يجوز التمييز بين الموظفين بسبب انتماءاتهم السياسية، والفلسفية، والدينية، والنقابية، والجنس، وانتماءاتهم العرقية" . وهذا أيضا ما أكده القانون رقم ٨٤ - ١٦ الصادر في ٢/ ٢/ ١٩٨٧ .

وقد تبنت أنظمة الخدمة المدنية المتعاقبة في الأردن مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة . فقد نصت المادة (٢٥) من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٦ على أن "التعيين في الوظائف العامة الدائمة والمؤقتة لا يكون إلا حسب الكفاءات والمؤهلات" . وهذا ما تبناه نظام الخدمة المدنية الأردني الحالي رقم١ لسنة ١٩٨٨ وتعديلاته الصادرة في سنة ١٩٩٤ .

واستنادا إلى المادة (٣٥/ ١) من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة صدر قانون الخدمة المدنية الاتحادي رقم (٨) لسنة ١٩٧٣ ، والقانون المعدل رقم٥ لسنة ١٩٧٨ مؤكداً على احترام مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة .

من الملاحظ أن جميع قوانين وأنظمة الخدمة المدنية تحدد شروطاً عامة ومجردة للتعيين في الوظائف العامة، ومنها شرط الجنسية، وشرط السن، وشرط حسن السيرة والسلوك، وشرط المؤهل العلمي، وشرط عدم الحكم على المرشح للوظيفة بعقوبة مقيدة للحرية في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة، وشرط اللياقة الصحية .

ولا تخل هذه الشروط بمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة إذا ما طبقت على جميع المتقدمين للوظيفة . ويجب على الإدارة أن تسوي بين جميع المرشحين لتولي الوظائف العامة .

المطلب الثاني
الأساس المستمد من مبدأ المساواة أمام القانون واللوائح

يستمد مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة أساسه وأصوله من مبدأ المساواة أمام القانون واللوائح Le principe d'égalite devant la loi et les réglements حيث كان يقصد بالمساواة -في بادئ الأمر- المساواة أمام القانون، وبالتالي فإن تطبيق مبدأ المساواة في مجال الوظيفة العامة يعني عدم احتكار فئة أو طائفة معينة للوظائف العامة، وبالتالي حق كل مواطن في شغل الوظائف العامة بالشروط التي يتطلبها القانون.

ولم يتناول الفقه والقضاء الإداريان مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة في البداية كمبدأ مستقل بذاته، وإنما من خلال مبدأ المساواة أمام القانون. بمعنى أكثر دقة أن هذا المبدأ لم يكن إلا نتيجة طبيعية أو لازمة une corolaire لمبدأ المساواة أمام القانون أو كما يقول الأستاذ دو فورج De Forgesأن مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة نتج بداهة من مبدأ المساواة أمام القانون، وارتبط بشكل أكثر دقة مع مبدأ المساواة ومبدأ الحياد aux principes d'égalite et de néutralitéالتي تحكم تشغيل المرافق العامة[1].

وعلى الرغم من أن مبدأ المساواة أمام القانون واللوائح يعد من المبادئ العامة للقانون التي عبّر عنها مجلس الدولة الفرنسي مبكراً، فمنذ ١٩١٣ وفي حكمة الشهير روبو Roubeau[2]أكد المجلس " بأن من حق رئيس البلدية Le maireأن يقر

(١) DE FORGES Jean - Michel, droit de la Fonction publique P.U.E., Paris 1986 p.133.

(٢) C.E., 9 mai 1913 , Roubeau, R.D.P. 1913 P. 685 , not Jeze.

بعض المخالفات الخاصة عند تطبيق اللوائح الصادرة عنه شريطة :

- أن يكون هناك ظروف طارئة تبرر ذلك .
- وأن ينص على ذلك في القرار الإداري الصادر عنه .
- وأن يؤكد في نفس القرار بأن أي نص مواز لن ينتقص من مبدأ مساواة جميع المواطنين أمام اللوائح الإدارية .

ولم يستخدم القضاء الإداري في فرنسا تعبير " مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة " إلا متأخراً وذلك في سنة ١٩٥٤ في حكمة الشهير بارل وآخرون L'affaire Barel et autres ،[١] حيث قضى بأنه " . . . ، وإذا كان من حقه أن يأخذ بعين الاعتبار الوقائع والمظاهر المخالفة لواجب التحفظ الذي يجب على المرشحين احترامه ، فلا يمكنه دون مخالفة مبدأ مساواة جميع الفرنسيين أمام تولي الوظائف العامة استبعاد مرشح من قائمة الترشيح بسبب معتقداته السياسية " .

أما قبل سنه ١٩٥٤ فلم يستخدم مجلس الدولة سوى تعبير " مبدأ المساواة أمام القانون واللوائح " . في هذا الخصوص قضى مجلس الدولة "بعدم شرعية القرار الصادر باستبعاد بعض المتقدمين لشغل وظائف عليا بعد اجتيازهم للامتحان المنصوص عليه في القرار الصادر في ١٣ إبريل ١٩٢٧ مثلهم مثل باقي صف الضباط ومندوبي الجمارك الآخرين ، لأن ذلك يمثل اعتداء على مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون واللوائح "[٢].

---

(١) C.E.., 28 mai 1954 , Barel et autres , R.D.P.1954 p. 509 et suiv.

(٢) C.E., 6 mars 1931 , sieur Pierre Tour, Amadou et autres , Rec ., leb p.261.

وكما استخدم مجلس الدولة الفرنسي تعبير "مبدأ المساواة أمام القانون واللوائح" في مجال تولي الوظائف العامة، استخدمه أيضاً في مجالات متعددة. في هذا الخصوص قضى مجلس الدولة "بعدم شرعية الإعفاء الممنوح لأحد الأفراد لعدم مطابقته للتنظيم المتعلق بتوزيع البنزين على المحطات المتواجدة على الطريق العام لأن ذلك يمثل اعتداء على مبدأ المساواة أمام القانون واللوائح [1]، وبعدم شرعية القرار الصادر يمنع المواكب والمظاهر الأخرى لممارسة شعائر العقيدة لمخالفته لمبدأ المساواة أمام القانون واللوائح [2].

المبحث الثاني
نتائج مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة

يتمثل احترام مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة في تجنب القيام ببعض التصرفات الإدارية وبعض مظاهر السلوك الإداري التي تتعارض وتتناقض كلية مع نصوص وروح هذه المبدأ الذي يشكل أساس الوظيفة العامة ذاتها.

وانطلاقاً من هذا المبدأ الدستوري فإن على الإدارة ترك باب الوظيفة مفتوحاً أمام مواطني الدولة على أساس المؤهلات والكفاءات، واستيفاء الشروط الأخرى التي يتطلبها القانون، ودون تمييز بين المرشحين استناداً للاعتبارات السياسية أو الفلسفية أو النقابية أو الحزبية، والاعتبارات الدينية أو العرقية أو الأثنية، أو اعتبارات الجنس.

(١) c:E;28 Janvier 1938, Pichard, Rec., leb.p. 102

(٢) C:E;21 Janvier 1966, Legastalois Rec., leb.p. 45

المطلب الأول
رفض التمييز بين المتقدمين
لتولي الوظائف العامة استناداً للاعتبارات السياسية

تحرص معظم دساتير الدول وقوانينها على رفض التمييز بين المرشحين لتولي الوظائف العامة استنادا لمعتقداتهم وأرائهم وانتماءاتهم السياسية أو الحزبية أو الفلسفية أو النقابية. فلا يجوز حجز وظائف معينة لأنصار أو اتباع حزب معين، أو معتنقي فلسفة سياسية معينة، أو منتسبي نقابة معينة. كما لا يجوز استبعاد أنصار أو اتباع حزب معين أو معتنقي فلسفة معينة أو منتسبي نقابة معينة من تولي الوظائف العامة.

في هذا الخصوص نجد أن التشريعات الفرنسية أكثر وضوحاً من غيرها في مجال احترام الآراء السياسية والمعتقدات الفلسفية والحزبية والنقابية للأفراد. فالمادة رقم (٢٩) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في ٢٦ آب ١٧٨٩ (دستور ٣ ايلول ١٧٩١) تنص على أن " الناس يولدون ويبقون أحراراً ومتساوين أمام القانون " .

وتنص المادة رقم (٣) على أن " الحرية الشخصية مصونة " . كذلك تضمنت ديباجة الدستور الفرنسي الصادر في ٢٧ تشرين الأول لسنة ١٩٤٦ والتي تعتبر جزءا لا يتجزأ من الدستور الحالي لسنة ١٩٥٨ العديد من النصوص التي تؤكد مبدأ المساواة والحرية الشخصية، وحرية التعبير، وحرية تكوين الأحزاب السياسية والنقابات والتكتلات الاجتماعية والسياسية، ومنها الفقرة (٣) حيث تنص على أن " القانون يضمن للنساء وللرجال حقوق متساوية في جميع المجالات " والفقرة (٥) التي تنص

على أنه " لا يجوز أن يتضرر أحد في عمله وفي توليه الوظائف العامة بسبب أصوله أو آرائه السياسية أو معتقداته " ، والفقرة(٦) التي تنص على أنه "يحق لكل شخص أن ينتسب إلى النقابة التي يختارها " .

كذلك نصت المادة (٦) من القانون الصادر في ١٣ تموز ١٩٨٣ والخاص بحقوق والتزامات الموظفين على أن " حرية الرأي مصونة لجميع الموظفين، ولا يجوز التمييز بينهم بسبب معتقداتهم السياسية أو النقابية أو الفلسفية أو الدينية أو الجنس أو انتماءاتهم العرقية أو الأثنية " .

أيضاً حرص الدستور الأردني على أنه لا يجو التمييز بين الأردنيين في تولي الوظائف العامة بسبب معتقداتهم السياسية، فالمادة رقم (٦/ ١) من الدستور الحالي لسنة ١٩٥٢ نصت على أن "الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وإن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين" . ونصت المادة رقم (٧) على أن " الحرية الشخصية مصونة" . أما المادة رقم (٥/ ١) فنصت على أن "تكفل الدولة حرية الرأي، ولكل أردني أن يعرب بحرية عن رأيه بالقول والكتابة والتصوير وسائر وسائل التعبير بشرط أن لا يتجاوز حدود القانون" . وأكدت المادة رقم (١٦/ ١، ٢) على حرية الاجتماع للأردنيين وحقهم في تكوين الجمعيات والأحزاب السياسية بقولها " للأردنيين حق الاجتماع في حدود القانون" ، "وللأردنيين الحق في تأليف الجمعيات والأحزاب السياسية على أن تكون غايتها مشروعة ووسائلها سليمة وذات نظم لا تخالف أحكام الدستور" .

وهذا ما حرص عليه دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الحالي لسنة ١٩٧١، حيث جاء في المادة رقم (٣٥) على أن " الحرية الشخصية مكفولة لجميع

المواطنين . . . " ، وجاء في المادة (٣٠) على أن " حرية الرأي والتعبير عنه بالقول والكتابة، وسائر وسائل التعبير مكفولة في حدود القانون" ، ونصت المادة (٣٣) على أن " حرية الاجتماع وتكوين الجمعيات، مكفولة في حدود القانون" .

وإذا كانت هذه التشريعات قد ضمنت للموظف العام حرية الرأي، فعليه احترام واجب التحفظ obligation de reserve حين التعبير عن آرائه السياسية[1] . ولكن لا يجوز بأي حال من الأحوال التمييز بين المتقدمين للوظائف العامة بسبب معتقداتهم أو انتماءاتهم السياسية .

تطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم مشروعية استبعاد خمسة من المرشحين لمسابقة الالتحاق بالمدرسة الوطنية للإدارة بسبب ما يدين به هؤلاء الأشخاص من معتقدات سياسية (معتنقي المذهب الشيوعي)، وجاء في حيثيات الحكم " . . . وإذا كان من حق سكرتير الدولة المكلف وفقا للنصوص القانونية إقفال قائمة المرشحين للمنافسة وتقدير في إطار مصلحة المرفق فيما إذا كانت تتوافر في المرشحين الضمانات المستلزمة لمزاولة الوظائف التي يمكن أن يتولاها خريجو المدرسة الوطنية للإدارة Ecole Nationale d' administration، وإذا كان من حقه أن يأخذ بعين الاعتبار الوقائع والمظاهر المخالفة لواجب التحفظ الذي يجب على المرشحين احترامه، فلا يمكنه دون مخالفة مبدأ مساواة جميع الفرنسيين أمام تولي الوظائف العامة استبعاد مرشح أو أكثر من قائمة الترشيح بسبب معتقداتهم السياسية opinions politiques[2].

---

(١) DE FORGES J.M., op.cit ., p . 142 et suiv.

(٢) C.E., 28 mai 1954 , Barel et autres , precite.

وقد استند مجلس الدولة الفرنسي في حكمة السابق على ديباجة دستور ١٩٤٦ وما جاء فيها من مبدأ قانوني يقضى أن لكل فرد الحق في الحصول على الوظائف العامة وأنه لا يجوز أن يضار أحد في عملة أو وظيفته بسبب آرائه ومعتقداته " .

وفي حكم آخر قضى مجلس الدولة بعدم شرعية المداولة La deliberation الصادرة عن لجنة المسابقات المختصة باختيار عدد من المتقدمين لدورة تأهيل مساعدين للعمل في إدارات المستشفيات الحكومية، وبالنتيجة قرار وزير الصحة الصادر استنادا لهذه المداولة، والقاضي بإعداد قائمة المقبولين لهذه الدورة[1] .

إستند مجلس الدولة في حكمه السابق على منطوق المادة (١٣) من مرسوم ٤ فبراير ١٩٥٩ الخاص بالموظفين العموميين، والتي تقضى بأنه لا يجوز أن يتضمن ملف الموظف أية معلومات تتعلق بآرائه ومعتقداته السياسية والفلسفية والدينية . وأن هذه المادة ليست إلا ترجمة حقيقة لمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة (٦) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ . كما استند مجلس الدولة في حكمه أيضا على طبيعة ونوع الأسئلة التي طرحها أحد أعضاء اللجنة على أحد المتقدمين السيد Merlenghi، والمتصلة مباشرة بمعرفة آرائه السياسية ومعتقداته، وهذا مما افقد اللجنة مبدأ الحياد الواجب توافره في أعضاءها . هذا المبدأ الذي يمنع التمييز بين المتقدمين لشغل الوظائف العامة إلا بمقدار ما يتمتعون به من قدرات وكفاءات[2] .

وعلى العكس من ذلك رفض مجلس الدولة إلغاء العديد من القرارات لعدم مخالفتها لمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة :

---

(١) C.E, 28 septembre 1988, Merlenghi , A.J.D.A., mars 1988 p. 197.

(٢) C.E., 6 mars 1968, sieur Franck et palfer- sollier , A.J.D.A.,1968 p. 592; 23 december 1955, levy , Rec., leb . p. 608.

- في قضية السيد Raoult [1] رفض مجلس الدولة إلغاء القرار الصادر من وزير العدل الخاص باستبعاد السيد المذكور من القائمة التي أعدها وزير العدل للمرشحين للدخول للمسابقة المفتوحة إلى المدرسة الوطنية للقضاة، استناداً إلى أن السيد المذكور شارك في تحرير ونشر مجلة "لجنة الجنود في Villacoublay التي كانت تحرض الجنود في القاعدة الجوية الكائنة في Villacoublay على عدم التعاون. واعتبر مجلس الدولة أن السيد المذكور لم يلتزم بواجب التحفظ (obligation de reserve) الذي يجب أن يتوافر في أي مرشح للدخول إلى المدرسة الوطنية للقضاة.

وجاء في حيثيات الحكم أن "القرار المطعون فيه لم يؤسس على الآراء السياسية للسيد Raoult وإنما على التصرفات المنسوبة إليه، بناءً على ذلك فإن القرار المطعون فيه لم يشوبه عيب انحراف السلطة عن المصلحة العامة" [2].

- وفي قضية السيد Paterna [3] قضى مجلس الدولة بشرعية القرار الصادر من وزير الداخلية القاضي باستبعاد السيد المذكور من التقدم للمسابقة الخاصة بالتعيين في الشرطة.

إستند المجلس في قراره على أن السيد المذكور سبق وأن القي القبض عليه وهو يقود سيارته في حالة سكر état d'ivresse، وهذا التصرف يتعارض مع النصوص الواردة في نظام موظفي الشرطة الوطنية لسنة ١٩٦٨، التي تحظر على موظفي الشرطة القيام بمثل هذه التصرفات.

(١) C.E., 10 juin 1983 , Raoult , A.J.D.A., 1983, P. 552.

(٢) Ibid .

(٣) C.E., 11 december 1987 , Paterna , Rec ., Leb .p.778.

- وفي قضية السيد Vizier[1] قضى مجلس الدولة بشرعية القرار الصادر من وزير العدل القاضي باستبعاد السيد المذكور من التقدم لوظيفة حارس في المؤسسات العقابية وذلك لإدمانه على الخمور. إستند مجلس الدولة في قراره على أن الإدمان على الخمور يتعارض مع طبيعة المهام الوظيفية التي تقدم لها السيد Vizier.
- وفي قضية السيد Blazsek[2] الغى مجلس الدولة المداولة الصادرة عن لجنة المسابقة المختصة باختيار عدد من المتقدمين لشغل باحث من الدرجة الأولى في المركز الوطني للبحوث العلمية، وبالنتيجة قرار مدير عام المركز الوطني للبحوث العلمية، الصادر استنادا لهذه المداولة واقاضي بإعداد قائمة المقبولين لهذه الوظيفةِ. استند مجلس الدولة في قراره هذا على أن تشكيل لجنة المسابقة لم يكن صحيحاً ولم يكن متفقاً مع القانون.

وتعتبر طريقة المسابقة أفضل الطرق التي تضمن اختيار الموظفين العموميين على أسس موضوعية مجردة بعيدة عن اعتبارات المجاملة الشخصية والمحاباة والمحسوبية، كما أنها توفر الضمانات الكافية لاستبعاد وتجنب الاستبداد الحكومي والمجاملة السياسية، والشطط. من هذا المنطلق يقول الفقيه الفرنسي جيز Jeze بأن المسابقة قد تطورت كطريقة لتعيين الموظفين العموميين في فرنسا تطوراً كبيراً، ففيها استجابة لقوة اجتماعية، ألا وهي الرغبة في المساواة بين الأفراد[3].

---

(١) C.E., 10 Juin 1989 , Garde des sceaux , Ministre de la Justice c/M. Vizier, A.J.D.A, Juillet 1991, p.p. 578 et 579.

(٢) E., 20 septembre 1991, Blazsek , A.J.D.A., fevrier 1992 , pp. 163 et 164 .

(٣) JEZE G ., Le procedure technique de la nomination en droit public francais , R.D.P ., 1927 P. 574.

وخلص مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في سنة ١٩٥٧ إلى عدم مشروعية الأنظمة التي تستثنى تعيين بعض فئات الموظفين من طريقة المسابقة[١]. إلا إن المجلس الدستوري الفرنسي أقر للمشرع الحق في استثناء تعيين بعض الفئات من طريقة المسابقة استناداً إلى المادة (١٦) من القانون رقم ٨٣- ٦٣٤ الصادر في ١٣ يوليو١٩٨٣ ، التي تنص على أن " يعين الموظفون العامون بطريقة المسابقة باستثناء الحالات التي ينص عليها القانون " بقوله "أنه لا يوجد قاعدة أو مبدأ ذو مرتبة دستورية يمنع المشرع من النص في بعض الأنظمة الوظيفية الخاصة على أن يكون تعيين بعض الفئات الوظيفية بغير المسابقة "[٢].

في هذا النطاق قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن عملية فرز طلبات المرشحين لتولي الوظائف العامة يجب أن تخضع لذات المبادئ التي تحكم التعيين في الوظيفة العامة، وبناء على ذلك فإنه لا يجوز استبعاد مرشح من المسابقة لدخول المدرسة الوطنية للإدارة L' E.N.A.بسبب معتقداته السياسية أوالدينية أو العرق أواللغة أو الجنس[٣] . وقضى أيضاً بعدم مشروعية مسابقة منح فيها بعض المتسابقين عدة درجات إضافية لسبب مزاولتهم بعض المهن، توزع حسب مدة هذه المزاولة[٤]، وبعدم مشروعية مسابقة سمح فيها لبعض المتسابقين باستعمال وثائق مختلفة أكثر فائدة

(١) C.E., 3 november 1957 , Marailtiac et Roig , Rec, leb .p. 403.

(٢) C.C ., 30 aout 1984 , J.O. de 4 septembre 1989 p. 2805 ; 16 Janvier 1986 , J.O.de 18 Janvier 1986.

(٣) C.E., 23 fevrier 1979 , Ville de strasbourg, Rec ., leb .p.77.

(٤) C.E., 27 Juin 1969 , Tribouiller , A.J.D.A., 1970 P. 50., 20 Fevrier 1985 , fontiane, Rec ., leb .p. 52.

للإجابة على موضوع سؤال الاختبار التحريري[1]، وبعدم شرعية مسابقة لم يراعى فيها سرية أوراق الإجابة عن طريق إخفاء أسماء المرشحين لإخلال ذلك بمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة[2].

وفي الأردن أكد الدستور الأردني مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة بقوله أن الدولة تكفل لجميع الأردنيين فرصاً متساوية في الحصول على الوظائف العامة، وأن لكل أردني حق في تولي الوظائف العامة بالشروط المعينة بالقوانين والأنظمة، وهذا ما تم التأكيد عليه في نصوص وأحكام نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (١) لسنة ١٩٨٨ . وقد أكدت محكمة العدل العليا الأردنية بأن " . . . يتحقق مبدأ المساواة في التشريعات المنظمة لحقوق الموظفين الذين تتماثل وتتساوى مراكزهم القانونية "[3]. وفي حكم آخر قررت المحكمة " . . . أن قواعد المساواة المقصودة بالدستور والقانون هي المساواة القانونية، ولا مجال للمطالبة بهذه المساواة في حالات الخروج عن أوامر القانون ونواهيه "[4].

تطبيقا لذلك قضت محكمة العدل العليا الأردنية " . . . وحين يكون من حق من توافرت فيه الشروط أن يطعن بأنه منع من دخول الفحص أو أنه نجح فيه، أو أنه قد حاز على درجة أعلى من غيره، وبالنتيجة فإنه لم ينسب للتعيين، يمكن أن تكون مخالفة هذه القواعد قابلة للطعن أمام محكمة العدل العليا فيما إذا تم التعيين على

---

(١) C.E., 28 sep . 1988 , Merlenghi , précité .

(٢) C.E., 30 mars 1968 , Ministre de l'education c/ schmitt et Dame Deimares , Rec, leb .p. 223.

(٣) محكمة العدل العليا الأردنية ، قرار رقم ٩٢/ ٩٢ ، نقابة المحامين الأردنيين ، ص ٢٣٢٥ صدر في ١٤/ ١٠/ ١٩٩٢ .

(٤) محكمة العدل العليا الأردنية ، قرار رقم ٣٦٧/ ٩٦ ، صدر في ٢٦/ ٣/ ١٩٩٧ .

الرغم من وجودها "[1] .

يستفاد من هذا الحكم أن مخالفة القواعد الأساسية التي ينص عليها القانون أو النظام للدخول إلى مسابقة لتولي الوظائف العامة، يشكل مخالفة وانتهاكا لمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة، رغم أن هذا الحكم لم يشر صراحة إلى هذا المبدأ .

وقد استقر اجتهاد محكمة العدل العليا في الكثير من الأحكام الصادرة عنها، أنه لا يجوز التمييز بين المرشحين لتولي الوظائف العامة بسبب آرائهم ومعتقداته السياسية، وذلك بتأكيدها على أن جميع الأردنيين أمام القانون سواء، وأن الحرية الشخصية مصونة وأن حرية تأليف الأحزاب السياسية مشروعة وفقا للنصوص الدستورية[2] .

ورغم أنه لم تتح الفرصة للمحاكم في دولة الإمارات العربية المتحدة لإبداء الرأي حول موضوع التمييز بين المرشحين لتولي الوظائف العامة بسبب معتقداتهم السياسية، إلا أنها لن تتردد في إبطال أي قرارات تتعارض مع مبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة (١٤) والمادة (٣٥/ ١) من دستور دولة الإمارات المشار إليهما سابقا[3] .

---

(١) محكمة العدل العليا الأردنية، قرار صدر في ٨/ ١٠/ ١٩٧٩ ، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٩ ص ٤٥٩ .

(٢) انظر على سبيل المثال :
عدل عليا ، قرار صدر في ٣١/ ٧/ ١٩٧٥ ، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٥ ص ١١٥٧ ، وقرار صدر في ١٩/ ٣/ ١٩٨٠ ، مجلة النقابة ١٩٨٠ ص ١٢١١ .

(٣) حدد المشرع الإماراتي شروط تولي الوظائف العامة في المادتين ٨ و ٩ من قانون الخدمة في الحكومة الإتحادية رقم ٨ لسنة ١٩٧٣ .

المطلب الثاني
رفض التمييز بين المتقدمين
لتولي الوظائف العامة استنادا للاعتبارات الدينية

لقد أشرنا سابقا أن المادة (٢) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ ، والمادة (٤٠) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ ، والمادة (٦) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ ، والمادة (٢٥) من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة لسنة ١٩٧١ قد نصت جميعها صراحة على أنه لا يجوز التمييز بين المواطنين في هذه الدول بسبب العقيدة الدينية .

استنادا لهذه المواد تضمنت بعض قوانين وأنظمة الخدمة المدنية في هذه الدول نصوصا تمنع التمييز بين المرشحين لتولي الوظائف العامة بسبب معتقداتهم الدينية Les croyances religieuses. وهذا ما تبنته المادة (٦) من قانون الخدمة المدنية الفرنسي الصادر في ١٣ يوليو ١٩٨٣ ، وما أكده القانون الصادر في ٢ فبراير ١٩٨٧ المشار إليهما سابقاً .

جميع هذه النصوص الدستورية والقانونية تمنع التمييز بين المتقدمين لتقلد الوظائف العامة بسبب معتقداتهم الدينية ، وبناء على ذلك فإنه لا يجوز حجز وظائف معينة لمعتنقي ديانة معينة ، ولا يجوز استبعاد ديانة معينة من تولي وظائف معينة .

استقر اجتهاد القضاء الإداري في فرنسا -رغم ندرة الإحكام الصادرة في هذا الخصوص- ، على عدم شرعية التمييز بين المرشحين لتولي الوظائف العامة استنادا

لمعتقداتهم الدينية احتراما لمبدأ المساواة في تقلد الوظائف العامة ، الذي ما هو إلا نتيجة لمبدأ العلمانية principe de la laicité الذي تتبناه فرنسا من خلال دستورها الحالي لسنة ١٩٥٨ (مادة ٢)، هذا المبدأ الذي ينظر إليه باعتباره سمة من سمات الحياد de la neutralité[١] .

في هذا الخصوص قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية الآنسة بيس Beis بعدم شرعية قرار الوزير المتضمن استبعاد الآنسة بيس Beis من العمل كمدرسة institutrice بسبب معتقداتها الدينية[٢] . استند مجلس الدولة في قراره على أن الآنسة Beis تخرجت من مؤسسة تعليم كنسية .

وفي حكم الآنسة باستو Pasteau قضى المجلس " بعدم شرعية القرار الصادر من الوزير المتضمن استبعاد الآنسة Pasteau من العمل كمساعدة اجتماعية assistance sociale في إدارة الصحة المدرسية والجامعية بسبب معتقداتها الدينية "[٣] .

وعلى العكس من ذلك، وفي حكم قديم لمجلس الدولة بعنوان Abbe Bouteyre قضى "بشرعية القرار الصادر من وزير التعليم القاضي برفض دخول الأب Bouteyre أحد القساوسة الكاثوليك في المسابقة المخصصة لإجازة تدريس مادة الفلسفة "[٤] .

---

(١) DE FORGES J.M., op. cit., p.144.

(٢) C.E., 25 Juillet 1939, Dlle Beis, Rec ., Leb .p. 524.

(٣) C.E., 8 decembre 1948 , Dlle Pasteau , Rec ., leb .p. 464 ., S., 1949 , 3 p. 41 note Rivero.

(٤) C.E., 12 mai 1912 , Abbe Bouteyre , G.A.J.A.No28.

أسس المجلس قراره هذا على منطوق المادة (١ ٧) من القانون الصادر في ٣٠ أكتوبر ١٨٨٦ التي تنص على قصر التعليم في المدارس الابتدائية والثانوية الحكومية على الأشخاص العلمانيين Les personnes laiques ، لتفادي غرس العقائد الدينية endoctrinementفي نفوس الطلبة[1] .

لم نعثر على أحكام لمحكمة العدل العليا الأردنية وللمحاكم المختصة في دولة الإمارات العربية المتحدة حول موضوع التمييز بين المتقدمين لتولي الوظائف العامة بسبب معتقداتهم الدينية ، ونعتقد أن هذه المحاكم لن تترد في إصدار أحكامها بالرفض لأي تمييز احتراما لمبدأ المساواة بمفهومه العام ، ومبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة بصفة خاصة .

وإذا كان مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة يلزم الإدارة بعدم التمييز بين المرشحين استنادا للمعتقدات الدينية إلا أن هذا المبدأ لا يخلو من الاستثناءات التي ترد عليه والمنصوص عليها في القوانين والأنظمة الخاصة بالموظفين ، فهناك بعض الوظائف ذات الطابع الديني لا بد أن يتولاها معتنقو ديانة معينة كوظيفة مفتي عام الدولة ووظائف القضاء الشرعي ووظائف وزارات الأوقاف والمساجد (كأئمة المساجد)، وبعثات الحج ، فطبيعة هذه الوظائف تقضي بحجزها للمسلمين ، واستبعاد معتنقي الديانات الأخرى ، وهناك وظائف محجوزة لمعتنقي الديانة المسيحية كأعضاء المجالس الكنسية في الأردن المختصة بشؤون المسيحيين . إلا أن ذلك لا يعد اعتداء على مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العام لأن طبيعة هذه الوظائف تلزم بحجزها لمعتنقي ديانة معينة .

(١) يجب الإشارة إلى أنه في الوقت الحاضر يجوز لرجال الدين المسيحي Les clerk تولي الوظائف العامة في الدولة (في التعليم وفي المستشفيات الحكومية . . .) .

المطلب الثالث
رفض التمييز بين المتقدمين
لتولي الوظائف العامة لاعتبارات الجنس

يقتضي مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة عدم التمييز بين المرشحين لتقلد الوظائف العامة استنادا لاعتبارات الجنس (الرجال والنساء)، فلا يجوز للإدارة استبعاد المرأة من تولي الوظائف العامة لأنها امرأة فقط .

في هذا النطاق يقول الأستاذ " AUVERT تعد المساواة بين الجنسين لتولي الوظائف العامة أحد مظاهر المساواة بين الجنسين"L' égalite des sexe(1) .

في فرنسا شهد مبدأ المساواة في تقلد الوظائف العامة تطوراً ملحوظاً، اتجه نحو توسيع نطاق تطبيق المبدأ ليشمل المساواة بين الرجال والنساء في تولي الوظائف العامة والعمل على ضمان هذه المساواة وحمايتها، وخاصة بعد الحرب العالمية الأولى(2) . ونقطة البدء في هذا التطور الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي سنة ١٩٣٦ في قضية الآنسة بوبارد وآخرون Bobard et autres(3)، حيث قضى المجلس " بأن للنساء الصلاحية القانونية L'aptitude Légale لشغل الوظائف الداخلة في الإدارات المركزية بالوزارات، ولكن للحكومة بمقتضى المادة (١٦) من القانون الصادر في ٢٩ ديسمبر ١٨٨٢ والمعدلة بالمادة (٣٥) من القانون الصادر في ١٣ أبريل ١٩٩٠ تحديد بواسطة لوائح الإدارة العامة القواعد الخاصة بتعيين وترقية العاملين في

(١) AUVERT Patrick , L'egalite des sexes dans la Fonction publiqes, R.D.P..,1983 P. 1571.

(٢) THUILLIER V.G., La revolution feminine des bureaux (1900- 1940) , Rev. adm., 1982 p. 602 .

(٣) C.E., 3 Juillet 1936 , Delle Bobard et autres , Rec., leb .p. 721.

هذه الإدارات، ولها أن تضع قيوداً على تعيين وترقية المرأة في أي وزارة من الوزارات إذا كانت مقتضيات المرفق تتطلب ذلك " .

وجاء في حيثيات الحكم أيضاً " . . . لذا من حق الحكومة قانوناً أن تعدل عن طريق النظام الصادر في ١٨ أغسطس ١٩٣٤ التنظيم السابق لحجز الوظائف والمناصب العليا في الإدارات المركزية في وزارة الحربية للرجال وذلك بغية الاستجابة لمقتضيات المرفق في هذه الوزارة "[١] .

يتضح من هذا الحكم أن المبدأ العام هو أهلية ومقدرة المرأة لتولي الوظائف العامة في إدارات الدولة، غير أنه يجوز للحكومة أن تورد استثناءات على هذا المبدأ بغية تقييد تعيين المرأة إذا كانت مقتضيات ومصلحة المرفق توجب ذلك. ويحتفظ القاضي لنفسه بحق مراقبة ما إذا كان التدبير أو القيد المستخدم من قبل الإدارة تتطلبه مصلحة المرفق، أي إذا لم يكن مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة détournemenet du pouvoir.

وفي استنتاجاته لهذا الحكم، بين الأستاذ لاتورينري مفوض الحكومة أن النساء يتمتعن بحق أصيل في تولي الوظائف العامة، ولا يمكن أن ترد على هذا الحق إلا القيود التي لا غنى عنها، وأضاف أن النساء لا يستطعن الدخول في الوظائف العامة في حالتين[٢] :

* عندما تقتضي الضرورات الخاصة للمرفق ذلك
* أو عندما ينص القانون على ذلك صراحة .

---

(١) Ibid.

(٢) Conclusion Latournerie sur l'arret Bobard et autres precite, R.D.P., 1937 P. 684:

من هذا المنطلق أقر مجلس الدولة الفرنسي بمشروعية بعض الإستثناءات إذا اقتضت طبيعة الوظيفة nature de fonction، أو شروط ممارستها Conditions d'exercice استبعاد المرأة من تقلدها . ومن أحكامه في هذا الخصوص، حكمة الصادر في سنة ١٩٥٦، حيث قضى " إن ظروف ممارسة وظيفة للإدارة العامة في المستعمرات Les Colonies تبرر قانونا استبعاد المرشحين من النساء من تولي هذه الوظائف "[١] .

وكان لمنح المرأة الفرنسية حق التصويت في سنة ١٩٤٥، وصدور دستور الجمهورية الفرنسية الرابعة في ٢٧ أكتوبر ١٩٤٦ الذي أكدت في مقدمته على أن " يكفل القانون للنساء في جميع المجالات حقوقا مساوية لحقوق الرجال "، وصدور أول نظام خدمة مدنية فرنسي في سنة ١٩٤٦ استنادا للدستور المشار إليه وتأكيده على " مبدأ المساواة بين الجنسين في ميدان الوظيفة العامة ما لم يكن هنالك نص على ذلك "، وصدور قانون ١١ أبريل ١٩٤٦ الذي ينص صراحة على التحاق النساء بوظائف القضاء، بعد الحرب العالمية الثانية، أثره الواضح في تقوية مبدأ المساواة بين الجنسين .

بناء على ذلك قضى مجلس الدولة " بعدم شرعية القرار الصادر بحرمان امرأة من دخول الامتحان المهني لقضاء المستعمرات "[٢] . وقضى أيضا " بعدم شرعية القرار الصادر برفض تعيين امرأة في سلك القضاء نجحت في الامتحان "[٣] . وجاء في

(١) C.E., 6 Janvier 1956, Syndicat National autonome du cadre d'administration generale des Colonies , A.J.D.A., 1956 , P. 95; Rec, leb., p. 4.

(٢) C.E., 3 decembre 1948 , D. louys, Rec., leb. P.451.

(٣) C.E., 13 Janvier 1956 , Dame Defix , epouse Gaillard , Rec., leb. 14.

حيثيات هذا الحكم " . . . تؤكد مدام ديفكس Defix التي تقدمت في عام ١٩٤٩ للامتحان المهني بغية التعيين في سلك القضاء أن السبب الوحيد لامتناع المجلس الأعلى للقضاء بتنسيب السيدة ديفكس لرئيس الدولة من أجل تعيينها هو أنها تنتمي للعنصر النسائي، لذا فإن القرار المطعون فيه يكون مشوبا بتجاوز السلطة "[١]. وفي حكم آخر قضى المجلس "بعدم شرعية استبعاد المرأة المتزوجة من تولي المناصب البلدية أو البقاء فيها "[٢].

وقضى أيضا "بإلغاء نصاً يقرر (في شأن المرشحين من الجنسين) شروطا مختلفة في المؤهل وفي الخدمة للاشتراك في مسابقة اختيار ضباط مساعدين بالشرطة، تأسيسا على أن هذه التفرقة لا تتطلبها طبيعة الوظائف ولا ظروف أدائها "[٣]. كذلك الغى المجلس القرار الصادر من رئيس إحدى البلديات المتضمن رفض تعيين امرأة كسكرتيرة للبلدية التي يرأسها "[٤]. استند مجلس الدولة في قراره هذا على أن رئيس البلدية والذي كان يرأس لجنة المسابقة المكلفة باختيار سكرتير للبلدية من الرجال أو النساء أظهر عداء واضحاً تجاه تعيين أي امرأة في هذا المنصب.

وفي أحكام حديثة نسبياً لم يتردد مجلس الدولة في إلغاء القرارات التي تقوم على التمييز بين الجنسين في تولي الوظائف العامة. ففي حكمه الصادر في سنة ١٩٨٩ الغى مجلس الدولة " القرار الضمني لوزير التعليم الوطني برفضه إلغاء نص

---

(١) Ibid.

(٢) C.E., 11 Mai 1960 , ville de strasbourg , Rec ., leb . p. 194 :

(٣) C.E., 5 Janvier 1972 , syndicat chretien du corps des officiers de police , Rec ., leb ., p.300 ; R.E.P., 1973 P. 240 not Waline.

(٤) C.E., 9 décembre 1966 , Commune de clohars - Carnoet c\Delle Podeur, D. 1967 p. 92.

المادة٧ من المرسوم الصادر في ١١ مايو ١٩٣٧ الخاص بنظام معلمي ومعلمات المدارس الداخلية، والمادة٦ من المرسوم الصادر في ٢٧ أكتوبر ١٩٣٨ الخاص بنظام مراقبي المدارس الخارجية، لأن هذه المواد تميز بين الجنسين في تشكيل مجالس التأديب الخاصة بمحاكمة هذه الكوادر "[١]. استند المجلس في قراره على أن المبادئ الدستورية تضمن مساواة الجنسين في جميع المجالات.

وفي حكم آخر رفض مجلس الدولة الدعوى المقدمة من وزير التعليم الوطني ضد حكم المحكمة الإدارية في مدينة نانسي المتضمن إلغاء القرار الصادر من مدير أكاديمية نانسي - ميتز برفض تعيين السيدة Buret في وظيفة مدرس متخصص في سجن مدينة نانسي[٢]. استند مجلس الدولة في قراره على أنه طبيعة الوظيفة لا تمنع المرأة من ممارستها، حيث يستطيع ممارستها رجل أو امرأة على السواء.

ولقد قنن المشرع الفرنسي في نظام الخدمة المدنية الثاني الصادر في سنة ١٩٥٩ بعض الاستثناءات القضائية التي أجازت التمييز بين الجنسين في تولي الوظائف العامة بقوله "لغايات تطبيق هذا المرسوم لا يجوز التمييز بين الجنسين باستثناء الإجراءات الاستثنائية des mésures excéptionnelles المنصوص عليها في الأنظمة الوظيفية الخاصة والتي تقتضيها طبيعة المناصب". وقد طبق مجلس الدولة هذا النص، فقضى بمشروعية استبعاد المرأة من تولي منصب مفتش التلفون والتلغراف في وزارة المواصلات[٣]. وجاء في حيثيات هذا الحكم "... يستخلص

(١) C.E., 26 Juin 1989 , Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche , A.J.D.A., novembre 1989 pp. 725 et 726.

(٢) C.E., 7décembre 1990 , Ministre de l,Education nationale C\Dame Buret ,A.J.D.A., mai 1990 pp. 405 et 406.

(٣) C.E., 2 mai 1959 , Dame Viauraux , Rec ., leb ., p. 280.

من التحقيق في المكاتب المشتركة لمكاتب التليفون والتلغراف أنها لا تتضمن إلا شاغراً واحداً للمفتش، والوظائف التي يؤديها المفتشون تستبعد طبيعتها وظروف مزاولتها عادة المرأة من التعيين فيها "[1].

وفي حكم آخر قضى المجلس "بأن طبيعة الوظائف التي تمارس في الخدمة العاملة للشرطة الوطنية وظروف أداء هذه الوظائف من طبيعتها أن تبرر الاستبعاد الكامل للمرشحات من النساء للالتحاق بهذه الوظائف "[2].

وقد أعاد قانون الخدمة المدنية الفرنسي الصادر في ١٣ يوليو ١٩٨٣ بشأن حقوق والتزامات الوظيفة تأكيد مبدأ المساواة بين الجنسين في مادته السادسة "لا يجوز التمييز بين الموظفين بسبب انتماءاتهم السياسية، والنقابية، والفلسفية، والدينية، والجنس، أو انتماءاتهم العرقية " . ولكنه نص في الفقرة الثالثة من ذات المادة على أنه "يجوز بصفة استثنائية النص على تعيينات متميزة للرجال والنساء حينما يشكل الجنس شرطاً جوهرياً لمزاولة الوظيفة "[3]. ويعد هذا التأكيد إعمالا لتوجيه المجلس الأوروبي رقم (٢٠٧- ٧٦) بتاريخ ٩ فبراير ١٩٧٦، الذي حظر كل تفرقة لاعتبارات الجنس بصورة مباشرة أو غير مباشرة، والاستثناء على ذلك هو الأنشطة المهنية والتكوين المهني نظراً لطبيعة وشروط الممارسة. وقد فسرت المحكمة الأوروبية هذه

---

(١) Ibid .

(٢) C.E., 8 Janvier 1972 , Federation generale de syndicat de la police et autres , Rec., leb .p90 .

(٣) وقد استخدم قانون ٧ مايو ١٩٨٢ عبارة الشرط المحدد والحاسم (une condition determinante) لممارسة الوظيفة بدلا من عبارة الإجراءات الاستثنائية في التعيين المتميز في الوظيفة العامة .

القيود بطريقة ضيقة[1] . وفي حكم لمجلس الدولة الفرنسي صدر في سنة ١٩٨٩ساير المجلس اتجاه المحكمة الأوروبية بقولة "أنه لا يمكن إيراد أي تفرقة بين الجنسين، عدا تلك المبررة بالشروط الخاصة التي تتم فيها بعض الأعمال، بمراعاة حماية المرأة وتحسين المساواة في الفرص بين الرجال والنساء[2] .

وتولت المادة (٢١) من القانون رقم ٨٤- ١٦ الصادر في ١١ يناير ١٩٨٩ تنظيم هذه "التعيينات المتميزة للرجال والنساء" الواردة في الفقرة الثالثة من المادة السادسة من قانون ١٩٨٣ المشارة إليه أعلاه، حيث تنص على أن "يصدر نظام في مجلس الدولة بعد استشارة المجلس الأعلى للوظيفة العامة للدولة وللجان الفنية المتساوية الأعضاء لبيان الوظائف التي يجب تنظيم وإقامة تعيينات متميزة فيها للرجال والنساء إذا كان عنصر الجنس شرطا جوهريا لمزاولة شاغليها لمهامها" .

ونشير هنا إلى أن النظام رقم ٨٢ - ٨٨٦ الصادر في ١٥ أكتوبر ١٩٨٢ والمعدل بالنظام الصادر في ٢٥ أكتوبر ١٩٨٤، والنظام الصادر في ٢ فبراير ١٩٨٧ تضمن قائمة بالوظائف التي يمكن إجراء تعيينات متميزة للرجال والنساء لأن شرط الجنس يعد شرطا جوهريا .

وبالرجوع لأحكام هذا النظام وتعديلاته نجد أن الوزارات المعنية هي وزارة الداخلية ووزارة العدل ووزارة الموازنة ووزارة التربية والتعليم :

---

(١) انظر حكم محكمة العدل الأوروبية في القضية رقم ٨، ٣/ ٣٦، اللجنة الأوروبية ضد فرنسا في ٣٠/ ٦/ ١٩٨٨، R.F.D.A سنة ١٩٨٨ ص ٩٧٦ .

(٢) C.E., 26 mai 1989 , Rec ., Leb ., P. 152

أ- وزارة الداخلية :

* مفوضو الشرطة في الأمن الوطني .
* قادة وضباط الشرطة في الأمن الوطني .
* مفتشو الأمن الوطني .
* محققو الأمن الوطني .
* كبار رجال الشرطة في الأمن الوطني .

ب - وزارة العدل :

* ملحقو التربية في بيوت التربية التابعة لجوقة الشرف .
* مجموع العاملين في المرافق الخارجية التابعة لمصلحة السجون .
* مجموع العاملين في الإدارة .
* مجموع العاملين الفنيين والعاملين في التأهيل المهني .
* مجموع العاملين في المراقبة .

جـ- وزارة الموازنة :

* مراقبو الجمارك .
* العاملون في التحقيق الجمركي .
* مأموري الجمارك .

د - وزارة التربية والتعليم :

* أساتذة التربية البدنية والرياضية .
* أساتذة التربية البدنية والرياضية المساعدين .

وقضى مجلس الدولة في حكمه الصادر في سنة ١٩٨٦ بمشروعية النظام الصادر في ١٥ أكتوبر ١٩٨٢ المشار إليه آلية أنفا[١] . غير أن محكمة العدل للمجموعة الأوروبية اعتبرت أن التعيينات المتميزة في الأمن العام غير مطابقة لتعليمات المجموعة الأوروبية الصادرة في ٩ فبراير١٩٧٦ بينما ترى أن التعيينات المتميزة للتعيين بوظيفة حرس في الإدارة العقابية مقبولة في ميدان الإدارة العقابية[٢] .

وإذا كانت النصوص الدستورية والتشريعية في الأردن ودولة الإمارات العربية المتحدة لا تجيز بأي حال من الأحوال التمييز بين المتقدمين لتولي الوظائف العامة لاعتبارات الجنس (الرجال و النساء)، فإن التمييز المستمر بين الجنسين لا يمكن إنكاره من الناحية الواقعية من قبل اللجان التي تشكل لاختيار الموظفين .

وقد يعود عزوف النساء من تولي الوظائف العامة لأسباب تتعلق بالنساء أنفسهن ومنها :

أ- أسباب تعليمية، حيث لا يشجع النظام التعليمي في هذه الدولة دخول النساء في عدد من مجالات العمل ومنها القضاء[٣] .

ب- أسباب اجتماعية، حيث لا زالت التقاليد العائلية والعشائرية، والمضغوطات الاجتماعية السائدة تلعب دورا هاما في عزوف النساء من التقدم لتولي الكثير من الوظائف .

---

(١) C.E., 16 avril 1986 , Confédration Francaise démocratique du travail , Rec ., leb., 104.

(٢) حكم محكمة العدل الأوروبية في القضية رقم ٨/ ٣/ ٣٦ السابقة الذكر .

(٣) رغم التقدم الذي طرأ على القضاء في الأردن، فإنه لا يوجد حتى يومنا هذا سوى قاضية واحدة (السيدة تغريد حكمت). ولا يوجد في الإمارات حسب علمنا - أي قاضية في السلك القضائي .

ج- أسباب سياسية، حيث لم تشارك المرأة في الحياة السياسية (الترشيح والانتخاب) إلا منذ وقت قريب[1].

د- أسباب ذاتية، حيث تتردد الكثير من النساء في اقتحام بعض مجالات العمل التي تعتبر مقصورة اجتماعيا على الرجال.

ولم نعثر على أية أحكام لمحكمة العدل العليا الأردنية وللمحاكم المختصة في دولة الإمارات العربية المتحدة مباشرة تتعلق بالتمييز بين الجنسين (الرجال والنساء). ونعتقد أن أي تمييز سيجد البطلان من هذه المحاكم احتراما للنصوص الدستورية التي تحظر التمييز بين المواطنين لاعتبارات الجنس.

وخلاصة القول أن التشريعات (الدستورية والقانونية واللائحية) المطبقة في فرنسا والأردن ودولة الإمارات العربية المتحدة تحظر أي تمييز في تولي الوظائف العامة بين المتقدمين استنادا لاعتبارات الدين أو العرق أو الجنس أو العقيدة السياسية أو النقابية. كذلك استقر اجتهاد القضاء الإداري في فرنسا والأردن ودولة الإمارات على احترام مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة، ولا يجوز التمييز بين الرجال والنساء إلا حينما يشكل الجنس شرطا جوهريا لمزاولة الوظيفة. وهذا يعتبر استثناء على هذا المبدأ، والاستثناء يقدر بقدره وينحصر في غرضه.

(١) لم تشارك المرأة الأردنية في الحياة السياسية ترشيحا وانتخابا إلا في سنة ١٩٧٤، بينما لم تشارك المرأة الإماراتية في الحياة السياسية منذ إنشاء دولة الاتحاد سنة ١٩٧١ حتى الآن.

المبحث الثالث
موقف القضاء الإداري من مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة

تحتل الرقابة القضائية على مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة أهمية خاصة لضمان احترام هذا المبدأ الدستوري، ولا قيمة عملية لهذا المبدأ إذا بقيت قرارات السلطات المختصة في هذا الشأن المخالفة لهذا المبدأ دون إلغاء .

ويمارس القضاء الإداري والدستوري رقابته على هذا المبدأ من زاويتين :

- رقابة على دستورية التشريعات الناظمة للوظيفة العامة .
- رقابة على مشروعية القرارات الإدارية الخاصة بتولي الوظائف العامة بغية تجنب مخالفتها للنصوص القانونية واللائحية النافذة .
- وقد أرسى القضاء الإداري والدستوري العديد من القواعد والمبادئ الخاصة بمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة وأهمها :

أولا: مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة مبدأ دستوري:

استقر اجتهاد القضاء الإداري والدستوري على اعتبار مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة مبدأ جوهري دستوري un principe constitutionnel . بمعنى أن النصوص الدستورية هي الإطار الدستوري L'encadrement constitutionnel لتولي الوظائف العامة[1]، وان المعيار الوحيد لتولي الوظائف العامة هو الأهلية La capacite، أو بمعنى اكثر دقة وحداثة الكفاءة أو الجدارة La competence.

---

(١) C.C., 14 Janvier 1983 précité ; 12 séptembre 1984 , J.O,14 sept ., p. 2908 ; 16 Janv. 1986 , Jo, 18 Janv. P, 923.

ويظهر هذا المبدأ في جانبين :[1]

- الجانب السلبي L'aspect negatif ، حيث يمتنع على المشرع وعلى السلطات اللائحية (الحكومة) اتخاذ أية إجراءات من شأنها التمييز بين المتقدمين لتولي الوظائف العامة لاعتبارات سياسية أو دينية أو عرقية أو أثنيه أو لاعتبارات الجنس .
- الجانب الإيجابي L'aspect positif ، حيث لا يجوز للسلطات المختصة بتعيين الموظفين العموميين أن تأخذ بعين الاعتبار أية عناصر أخرى سوى الكفاءة والجدارة عند تولي الوظائف العامة .

وهنا يقع على عاتق المشرع أن يختار الطريق الأمثل لضمان احترام مبدأ المساواة في تقلد الوظائف العامة . لهذا نجد أن معظم التشريعات الحديثة في مجال الوظيفة العامة قد اختارت أسلوب المسابقة Le concours كطريق لاختيار الموظفين لأنه أكثر الأساليب استجابة لمقتضيات العصر ومتطلبات التطورات الحديثة التي طرأت على الوظيفة العامة . وتحدد التشريعات عادة الشروط الواجب توافرها في المشاركين في المسابقة (كالسن والمؤهل العلمي، والجنسية، والصلاحية الأخلاقية . . إلخ)، وبالتالي لا تستطيع الإدارة قانونا إضافة أية شروط غير منصوص عليها في القانون والنظام[2] .

ولكنها تستطيع فقط تحديد أساليب تنفيذ المسابقة، كتحديد برنامجها وتنظيم الامتحانات وموعدها ومكانها وغيرها من الإجراءات ذات الطابع الإداري .

---

(١) DE FORGES J.M., op. cit ., p.134.

(٢) C.E., 26 Juin 1987, Centre de formation des pérsonnels communaux , A.J.D.A., 1987 ,P. 687.

وقد أكد القضاء الإداري في العديد من الأحكام الصادرة عنه دستورية مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة. في هذا الخصوص قضى المجلس الدستوري في فرنسا "بأنه يقع على عاتق المشرع أن يحدد المبادئ العامة لطريقة اختيار الموظفين دون أن يرتكب خطأً ظاهراً في التقدير "d'erreur manifest d' appréciation"[1].

وقضى أيضا بأن "المشرع يستطيع حجز بعض الوظائف لفئة من الأشخاص بسبب كفاءتهم شريطة، أن لا يشوب تصرفه خطأً ظاهراً في التقدير"[2]. وفي حكم آخر قضى "بجواز تنوع طرق التعيين في الوظيفة العامة، وبناءً على ذلك يجوز التعيين في الوظائف العامة بناء على دورة خارجية tounr extérieun دون إجراءات اختيار[3]، بشرط أن يكون ذلك أقلية في تعيين الهيئة المعنية"[4].

أما مجلس الدولة الفرنسي فقضى "بعدم مشروعية مسابقة لأن أحد المحكمين أعلن معارضته من حيث المبدأ على تعيين المرأة في الوظيفة الشاغرة في حين يوجد مرشحة امرأة على قائمة المتسابقين لأشغال هذه الوظيفة"[5]، "وبعدم شرعية استبعاد مرشح من المسابقة لدخول المدرسة الوطنية للإدارة L'ENA بسبب معتقداته.."[6]، "وبعدم مشروعية مسابقة إذا اكتفت هيئة التحكيم لبعض المتسابقين بزيارة سريعة لمؤسستين بدلا من فترة التمرين stage المنصوص عليها في

(١) C.C., 14 Janvier 1983, précité.

(٢) C.C., 14 Janvier 1984 , précité .

(٣) C.C., 12 septembre 1984 ., 16 Janvir 1986 précités.

(٤) C.C., 16 Janvier 1986 précité.

(٥) C.E., 18 mai 1979 , Delle Herpin et autres , Rec , leb., p.768.

(٦) C.E., 23 fev . 1979 , ville de strasbourg , précité.

نظام المسابقة[1]، "وبعدم مشروعية مسابقة منح فيها بعض المتسابقين عدة درجات إضافية بسبب مزاولتهم بعض المهن، توزع حسب مدة هذه المزاولة "[2].

واستقر اجتهاد محكمة العدل العليا الأردنية على اعتبار هذا المبدأ من المبادئ العليا الدستورية. في هذا الخصوص قضت المحكمة "بأنه من الواجب على السلطة الإدارية أن تسوي بالمعاملة بين الناس إذا اتحدت ظروفهم فيما أعطاها المشرع من سلطان في تصريف الشؤون العامة، فلا تعطي حقا لأحد الناس ثم تحرم غيره منه متى كانت ظروفهما متماثلة، وإلا كان في ذلك تعارضا مع مبدأ المساواة وإخلالا بهذا المبدأ الجوهري من المبادئ العليا الدستورية "[3]. وفي حكم آخر قضت المحكمة "بأن المشرع أجاز للمحكم وضع قائمة تكميلية وفق ذات النظام بغية استبدال المتقدمين المسجلين في القائمة الرئيسية الذين لم يكن بالإمكان تعيينهم واشغال الوظائف التي قد تشغر بين المسابقتين "[4].

يستفاد من هذه الأحكام أن مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة هو أحد المبادئ العليا الدستورية، يترتب على مخالفته الإلغاء من قبل المحاكم المختصة.

---

(١) C.E., 4 fevrier 1983 , liffran , Rec ., leb .p . 761.

(٢) C.E., 27 Juin 1969 , Tribouiller precite.

(٣) محكمة العدل العليا الأردنية، قرار رقم ١٠٧/ ٦٤، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، عدد ٨ سنة ١٩٦٥ ص ١٠٥٦.

(٤) محكمة العدل العليا الأردنية، قرار صدر في ٣١/ ٧/ ١٩٧٥، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٥ ص ١١٥٧.

ثانياً: مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة مبدأ واحد وتطبيقات متنوعة:

باستقراء أحكام القضاء الإداري والدستوري نجد أن مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة مبدأ واحد un principe uniforme ، ولكن له تطبيقات متنوعة des mises en oeuvre variées. ولتوضيح ذلك يلزم التمييز بين نطاق المساواة عند تولي الوظائف العامة L'égalite lors de l'accés a la fonction publique والمساواة التي تنطبق على سير المهنة Le déroulement de la carrière de récrutement .

من جهة، فإن المساواة في تقلد الوظائف العامة تقتضي أن يتم اختيار المتقدمين لشغل الوظيفة في ضوء الصلاحيات الضرورية لمارسة الاختصاصات التي يعهد بها إلى السلطات المختصه[1]، وإن اختيار طريقة معينه لإختبار الموظفين هو من شأن المشرع، وأن تنفيذ ذلك من شأن السلطة اللائحية[2]، ويجب أن تراعي طريقة الاختيار المساواة بين المتقدمين[3]، ولا يغير من ذلك خضوع الاشتراك في المسابقة لرسم محدد شريطة أن لا يكون مبالغا فيه ويتضمن فيه إعفاءات ذات طبيعة اجتماعية حتى لا يكون ذلك عقبة في تولي الوظائف العامة[4]، وأن مبدأ المساواة لا يمنع المشرع من أن ينظم بطريقة مختلفة مراكز مختلفة، أو أن يخالف مبدأ المساواة لأسباب المصلحة العامة، بشرط أن يكون اختلاف المعاملة في هذه الحالة، أو تلك له علاقة بموضوع القانون[5].

---

(١) C.C., 12 séptembre 1984 , précité .

(٢) C.C., 19 fevrire 1963 , No 23\63 , p. 29.

(٣) C.E., 14 mars 1983 , spina , Rec ., leb .p. 125.

(٤) C.C., 3 Janvier 1988 , No 86\209,Rec., leb .p. 86.

(٥) C.C., 19 et 29 Juillet 1986, No 81\162 ,R ec leb .p. 49; 7 Janvier 1988 , No 87\232 ,Rec ., leb . p. 17.

وقضى المجلس الدستوري الفرنسي "بأن تعديل قانون تنظيم القضاء بإلغاء شرط مرور مدة على اكتساب الجنسية الفرنسية للالتحاق بالمعهد الوطني للقضاء لا يخالف أحكام الدستور، بل أن هذا التعديل يتفق مع مبدأ المساواة "[1]. واعتبر مجلس الدولة الفرنسي "أن مبدأ المساواة أمام المرافق العامة لا يمنع أن تعامل الإدارة المراكز المختلفة بطريقة مختلفة، أو أن تخرج على المساواة لأسباب الصالح العام، بشرط أن يكون اختلاف المعاملة في هذه الحالة أو تلك له علاقة بتشغيل المرفق "[2].

ومن جهة أخرى، فإن لمبدأ المساواة تطبيقات على الموظفين أثناء سير المهنة، فيجب المساواة بين موظفي الهيئة Le corpe[3]، وإن كل تصنيف أولي لبعض الموظفين على درجة أخرى غير درجة البداية في الهيئة المستقلة يعتبر كامتياز وظيفة privilege carrière[4].

تطبيقا لذلك يكون محظورا – عدا ظروف استثنائية تبرر ذلك لمصلحة المرفق – ما يلي (على سبيل المثال وليس الحصر):

- التمييز بين الموظفين في مجال الترقيات de l'avancement[5].
- استئثار بعض الموظفين بمكافآت نوعية أو خاصة de remuneration

(١) C.C., 17 Janvier 1979, No 87 /103.

(٢) C.E., 10 mai 1974, Denoyer choques, Rec., lb .p. 247.

(٣) C.C., 15 Juillet 1976, No 76\67, Rec., leb . p. 35, C.E.,6 mars 1959, Ass. Synd. Gene . CGT de l'administration centrate du Ministere des Finances, Rec., leb .p. 63 ; C.E., 21 nov1984, Beyssac, Rec, leb . p. 650.

(٤) C.C., 14 Janv. 1983 ; 16 Janv 1986 precites.

(٥) C.E., 2 mai 1959, Dame Viauroux ,Précité ; 22 avril 1960, Dace Legrand, Rec., Leb., p 261 ; 13 mai 1960, S.Molina et Guidoux, Rec., leb .p. 324.

specifique[1].

- إعطاء أولوية لنقل de mutation[2] موظف لأسباب جغرافية.
- التمييز بين الموظفين في تحديد العمر de la limite d'age[3].
- التمييز بين الموظفين في الإجراءات التأديبية[4].
- التمييز بين الموظفين في الراتب[5].

وعلى العكس من ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي "بشرعية الإجراءات الخاصة بإعادة تنظيم أو إلغاء أو إنشاء بعض المرافق ذات حجم معين، ويعتبر منها إنشاء هيئة corps،[6] أو إنشاء خدمات خارجية لوزارة[7]، أو اقتصار بعض الترقيات على بعض الموظفين في هيئة معينة، مع الأخذ بعين الاعتبار أن مصلحة

(١) C.E., 2 novembre 1966 , synd . Nat . des cadres des services publiques et de Sante , Rec . leb ., p. 999.

(٢) C.E., 21 oct . 1988 , Mme Caproplacide , Rec., leb .p. 372.
انظر ايضاً محكمة العدل العليا الأردنية، قرار رقم ١٤٧/ ٨٥، مجلة نقابة المحامين عدد ٥، ٦ سنة ١٩٨٦ ص ١٠٣٣، قرار رقم ٧٥/ ٦٦، مجلة النقابة عدد ١١ سنة ١٩٦٦ ص ١١١٧.

(٣) C.E., 6 fevrier 1981 , Mlle Baudet , Rec ., leb .p. 53.

(٤) C.E., 26 Juin 1989 , Fed . des synd . gene. de l'educ. Nation ., précité ; C.C., 28 Juillet 1987 , No 87/ 230, Rec., leb., p. 48 .
انظر ايضا محكمة العدل العليا الأردنية، قرار رقم ١٥١/ ٨١، مجلة النقابة عدد ٤ سنة ١٩٨٢ ص ٤٧٢، قرار ١٨٨/ ٩٥، مجلة النقابة عدد ٧، ٨ سنة ١٩٩٦ ص ١٦٣٥.

(٥) C.E., 1 Juin 1962 , synd . Chrétien de l'administration pénitentiaire , Rec ., Leb .p. 365; 11 Juin 1982 , Mme Diebolt , Rec ., leb .p. 227.

(٦) C.E., 14 décembre 1969 , Rec ., leb .p. 470.

(٧) C.E., 10 novembre 1978 , professionnelle des cadres administratif superieur , Rec ., leb .p. 490.

الهيئة تتطلب هذه التفرقة بمراعاة طبيعة الأعمال الموكولة إلى أعضاء هذه الهيئة[1].

استند مجلس الدولة في أحكامه السابقة والذي أقر فيها بشرعية القرارات الإدارية الصادرة رغم إخلالها بمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة، على الظروف الاستثنائية التي تبرر اتخاذ مثل هذه الإجراءات لمصلحة المرفق.

ثالثا: يجب أن يكون الإخلال بمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة واردا في منطوق القرار الإداري:

استقر اجتهاد القضاء الإداري على أن الإخلال بمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة يجب أن يكون واردا في منطوق القرار الإداري المطعون فيه. وهذا ما بيناه في القرارات الصادرة باستبعاد مرشحين لتولي الوظائف العامة من قبل المحكمين أو السلطات المختصة. ففي قضية السيد Barel et autres، طعن هؤلاء في القرار الصادر من سكرتير الدولة باستبعادهم من قائمة المرشحين للدخول إلى المدرسة الوطنية للإدارة لاعتبارات سياسية [اعتناقهم المذهب الشيوعي][2]. وفي قضية السيد Merlenghi، طعن السيد المذكور بقرار وزير الصحة باستبعاده من قائمة المرشحين للدخول في دورة معينة[3]. وفي قضية السيد Raoult، طعن السيد المذكور في قرار وزير العدل المتضمن استبعاده من قائة المرشحين للدخول إلى المدرسة الوطنية للقضاء[4].

---

(١) C.E ., 26 octobre 1979 , Millan , Rec., Leb ., p. 396.

(٢) E.E., 28 mai 1954 , Barel et autres ., précité .

(٣) C.E.,.28 Sept . 1988 , Merlenghi , précité .

(٤) C.E., 10 Juin 1983 , Raoult , précité .

وطعن السيد Paterna في قرار وزير الداخلية القاضي باستبعاده من التقدم للمسابقة الخاصة بالتعيين في سلك الشرطة[1] . وطعن السيد Blazsek في قرار مدير عام المركز الوطني للبحوث العلمية الخاص باستبعاده من القائمة المعدة للمقبولين في وظيفة باحث[2] . وطعنت الآنسة Pasteau في قرار وزير الصحة القاضي باستبعادها من العمل كمساعدة اجتماعية في إدارة الصحة المدرسية والجامعية[3] .

يستفاد من هذه الأحكام أن القضاء الإداري يتصدى لشرعية أو عدم شرعية الإخلال بمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة، شريطة أن يكون هذا الإخلال واردا في حيثيات القرار الإداري الطعين .

رابعاً: المساواة أمام تولي الوظائف العامة لا تكون إلا بين المتساوين في نفس الظروف:

المقصود بالمساواة أمام تولي الوظائف العامة هو المساواة النسبية وليست المساواة المطلقة، بمعنى أن المساواة لا تكون إلا بين المرشحين المتساوين في نفس الظروف .

في هذا الخصوص قضى مجلس الدولة الفرنسي " بأن المساواة لا تكون إلا بين الأفراد المتساوين في نفس الظروف، وعليه فإن الإفراد الذين يوجدون في ظروف مماثلة يجب أن يعاملوا معاملة متساوية دون أفضلية لأحدهم على الآخر . . "[4] .

---

(١) C.E., 11 dec. 1987 , paterna , précité.

(٢) C.E., 20 sept. 1991 , Blazsek , précité.

(٣) C.E., 8 dec . 1948 , Dlle pasteau , précité.

(٤) C.E., 27 Juillet 1928, societe anonyme des Usines Renault, Rec., Leb .p. 969; 26 Juin 1931 , Chambre synd . des proprietaire Loueurs d'autocar , Sieun Ascagne et autres , Rec ., Leb .p. 707.

وفي حكم آخر قضى المجلس " . . . ولهذا فإن جميع الأشخاص الموجودين في ظل ظروف مماثلة إزاء المرفق هم وحدهم الذين يتم الالتزام بإعمال مبدأ المساواة في مواجهتهم، وعندما لا تتماثل ظروف وأوضاع هؤلاء الأشخاص، فإننا لا نكون إزاء أي مخالفة أو انتهاك لمبدأ المساواة عند تمييز البعض منهم على البعض الآخر من جانب المرفق، وبناء على ذلك فإن القرار الصادر باستبعاد بعض المتقدمين لشغل وظائف عليا بعد اجتيازهم للامتحان المنصوص عليه، مثلهم مثل باقي صف الضباط ومندوبي الجمارك الآخرين يخالف مبدأ المساواة "[1].

وقررت محكمة العدل العليا في الكثير من أحكامها وجوب المساواة بين المتساوين في نفس الظروف " من الواجب على السلطة الإدارية أن تسوي بالمعاملة بين الناس إذا اتحدت ظروفهم . . . ، فلا تعطي حقا لأحد الناس ثم تحرم غيره منه متى كانت ظروفهما متماثلة . . "[2].

وخلاصة القول فإن مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة يتطلب أن تراعي إجراءات الاختيار المساواة بين المرشحين L'egalite des candiedats [3] وأن استلزام بعض الشروط الذي ينص عليها القانون في المرشح (كالسن والجنسية . . .) لا يخل بهذا المبدأ.

---

(١) C.E., 6 mai 1931 , précité.

(٢) محكمة العدل العليا الأردنية، قرار رقم ١٠٧/ ٦٤، مجلة نقابة المحامين، عدد ٨ سنة ١٩٦٥ ص ١٠٥٦.

(٣) C.E., 14 mars 1983 , spina , précité .

خامساً: المساواة أمام تولي الوظائف العامة هي المساواة القانونية وليست المساواة الواقعية:

يفرق القضاء الإداري بين المساواة القانونية والمساواة الواقعية أو الفعلية في مجال الوظيفة العامة. والمساواة القانونية هي حق كل مواطن في الالتحاق بالوظيفة التي تتوافر فيه شروط شغلها دون تمييز طبقي أو اجتماعي أو تمييز لاعتبارات سياسية أو دينية أو عرقية أو لاعتبارات الجنس. إلا أن تطلب المساواة القانونية لا يحول دون قيام عدم مساواة واقعية أو فعلية، ذلك لاختلاف الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية للطبقات الفقيرة عن أوضاع الطبقات الغنية، حيث يتطلب الحصول على المؤهلات والخبرات نفقات كبيره قد يعجز الكثير من أبناء الطبقات الفقيرة عن توفيرها، ويصبحون بالتالي غير مؤهلين للتنافس مع الغير في الحصول على الوظائف العامة.

ويراقب القضاء الإداري عادة القرارات المتعلقة بمبدأ المساواة القانونية، ولا يعتد بعدم المساواة الواقعية. في هذا الخصوص قضى مجلس الدولة الفرنسي "بان المقصود بعدم المساواة هو عدم المساواة القانونية، حيث يلغي المجلس القرارات المتعلقة بالإخلال بمبدأ المساواة القانونية فقط "[1].

وهذا ما أخذت به محكمة العدل العليا الأردنية بقولها " أن قواعد المساواة المقصودة بالدستور والقانون هي المساواة القانونية، ولا مجال للمطالبة بهذه المساواة في حالات الخروج عن أوامر القانون ونواهيه . . . "[2].

---

(١) C.E., 22 mars 1950 , Societé des Ciments Francais , Rec., leb .p. 175.

(٢) محكمة العدل العليا الأردنية، قرار رقم ٣٦٧/ ٩٦، صدر في ٢٦/ ٣/ ١٩٩٧، هشام مهيار ضد مدير عام مؤسسة الخطوط الجوية الملكية الأردنية، غير منشور.

سادساً: حدود الرقابة على مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة:

سبق الإشارة إلى أن هناك نوعين من الرقابة على مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة:

* رقابة على دستورية التشريعات الخاصة بالوظيفة العامة (رقابة غير مباشرة).
* رقابة على مشروعية القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة (رقابة مباشرة).

١- الرقابة على دستورية التشريعات الناظمة للوظيفة العامة:

يراقب القضاء من خلال مجالس دستورية كما هو الحال في فرنسا والمغرب، أو من خلال محاكم قضائية كما هو الحال في الأردن ودولة الإمارات العربية المتحدة دستورية التشريعات المنظمة للوظيفة العامة.

ففي فرنسا يختص المجلس الدستوري الفرنسي بفحص دستورية القوانين الأساسية قبل إصدارها ولوائح المجالس البرلمانية قبل تطبيقها ليقرر مدى مطابقتها للدستور متى أحيلت إليه من قبل رئيس الجمهورية، أو من رئيس الوزراء، أو من رئيس الجمعية الوطنية (مجلس النواب) أو من رئيس مجلس الشيوخ (مادة ٦١ من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨)، كما يجوز لستين نائبا في البرلمان أو ستين عضوا في مجلس الشيوخ الطعن بعدم دستورية قانون أمام المجلس الدستوري (تعديل دستوري صدر في ٢٩ ديسمبر ١٩٧٤)[1].

(١) الشاعر، رمزي، الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، سنة ٤، عدد ٢، يوليو ١٩٩٦ ص ١٦٤-٢١٥.

أما في الأردن فقد أعطت محكمة العدل العليا الأردنية مع غياب النص لنفسها الحق بفحص دستورية القوانين منذ ١٩٦٧[1] . ورقابة المحكمة هي رقابة امتناع، أي تمتنع عن تطبيق القرار المطعون فيه إذا جاء مخالفا للقانون دون أن تلغي القانون (رقابة الدفع الفرعي) . كما يحق لكل متضرر أن يطلب وقف العمل بأحكام أي قانون مؤقت مخالف للدستور، أو بأي نظام مخالف للقانون أو الدستور [مادة ٩ فقرة (أ) بند ٧] من قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ .

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة فقد تولت المحكمة الاتحادية العليا بحث دستورية القوانين الاتحادية إذا ما طعن فيها من قبل إمارة أو أكثر لمخالفتها لدستور الاتحاد، وبحث دستورية التشريعات الصادرة عن إحدى الإمارات إذا ما طعن فيها من قبل إحدى السلطات الاتحادية لمخالفتها لدستور أو للقوانين الاتحادية (مادة ٩٩/ ٢ من دستور الإمارات ١٩٧١) . كذلك بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموما، إذا ما أحيل إليها هذا الطلب من أية محكمة من محاكم البلاد أثناء دعوى منظورة أمامها (مادة ٩٩/ ٣)[2] .

يستفاد من هذه النصوص أن التشريعات المتعلقة بالوظيفة العامة يجوز الطعن في دستوريتها أمام المجالس أو الجهات القضائية المختصة إذا ما تبين أنها مخالفة للدستور، كأن تخالف مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة لاعتبارات سياسية أو دينية أو لاعتبارات الجنس .

---

(١) رفضت محكمة العدل العليا منذ إنشاءها في سنة ١٩٥٢ حتى سنة ١٩٦٧ فحص دستورية القوانين العادية والمؤقتة .

(٢) انظر تفاصيل ذلك، الشاعر رمزي، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الإمارات، مرجع سبق ذكره .

٢- الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة:

أكد القضاء الإداري في العديد من أحكامه على تطبيق مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة باعتباره أحد المبادئ العامة للقانون[١].

بالمقابل استقر اجتهاد القضاء الإداري التقليدي على حق الإدارة باستبعاد أيا من المرشحين لتولي الوظائف العامة بسبب عدم صلاحيته لممارسة الوظيفة الشاغرة، وأن مصلحة المرفق هي التي تبرر ذلك. أي من حق الإدارة تقدير صلاحية المتقدمين لشغل الوظائف العامة وفقا لمقتضيات المرفق العام[٢]، شريطة أن لا يشوب قرارها خطأ ظاهراً في التقدير، أو إنحرافاً بالسلطة، أو عدم صحة الوقائع، أو خطأ في القانون، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي بعبارات واضحة في قضية Lingois[٣] بقوله "أن من حق الإدارة أن تقدر صلاحية المتقدمين لتولي الوظائف العامة وفقا لمقتضيات المرفق العام. . "

يستفاد من ذلك أن رقابة القاضي الإداري هي رقابة عادية Controle normal على مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة، وتمتد رقابته إلى الأمور التالية:

أ- الخطأ في القانون L'erreur de droit.[٤]

---

(١) C.E., 29 décembre 1978, Assoc. gene. Des attaches d'administration Centrale , Rec ., Leb .p. 535 ; 22 Janvier ,Butin , Rec ., Leb .p.27 ; 16 December 1988 , Bleton , Rec , leb .p. 451.

(٢) C.E., 5 Juillet 1851, Rouget 1851 , Rec., leb .p. 498; 10 mai 1912 , Abbe Bouteyre , precite ;31 mars 195 , sieur seligance , Rec ., leb .p. 208.

(٣) C.E., 29 Juillet 1959 , Lingois ,Rec ., Leb .p. 413.

(٤) انظر بصفة خاصة:
C.E., 28 mai 1954 , Barel ; 28 Septembre 1988 , Merlenghi , précités.
أيضا محكمة العدل العليا الأردنية، قرار صدر في ٨/ ١٠/ ١٩٧٩ سبق ذكره.

ب- الخطأ الظاهر في التقدير L'erreur manifeste d'appréciation[1].

جـ- انحراف السلطة Le détournement de pouvoir[2].

د- صحة الوقائع المادية L'exactitude materielle des faits أو التكييف القانوني للوقائع La qulification juridique des faits[3].

وقد يعتمد القاضي الإداري في رقابته على مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة على قرائن بسيطة sur des simples présomptions وليس على وقائع Pas nécessairement sur des faits. فقد ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرار تعيين السيد Aldequer لأن والده كان أحد أعضاء لجنة الاختيار[4]، وألغى قرار تعيين السيد Vaulot لأن أحد أساتذته كان عضوا في لجنة الاختيار[5]، وألغى مسابقة لأن أحد أعضاء لجنة الاختيار أظهر عداءً لأحد المتقدمين[6]، وألغى مسابقة لأن رئيس البلدية

---

(١) انظر بصفة خاصة:
C.C., 14 Janv. 1984 ,precite ; C.E., 16 Decembre 1988 , précité ; 15 fevrier 1990 , Federation synd F.O de la defense des industries de l'armement et sectures assililes , A.J.D.A., 1990 P. 650 ; 21 novembre 1969 , Min.de l'educ. Nat .c /Rousset Rec ., leb ,P. 532; 6 avril 1973, sieur Jacques Rec, leb .,p.288.
انظر أيضا محكمة العدل العليا الأردنية، قرار صدر في ٨/ ١٠/ ١٩٧٩ وقرار صدر في ٣١/ ٧/ ١٩٧٣ سبق ذكرهما.

(٢) انظر بصفة خاصة:
C.E., 3 Juill . 1936 , Delle Bobard ; 3 dec 1948 , D. louys ; 13 Janv 1956 Dame Defix , precites.

(٣) انظر بصفة خاصة: C.E., 18 Mars 1983, Mulsant, Rec ., leb .p. 125 ; 10 Juin 1983, Raoult , précité;

(٤) C.E., 10 fev. 1922 , ALdequer , Rec., leb .,p. 127.

(٥) C.E., 30 Jan. 1931 , Vaulot ,Rec., leb .p. 113.

(٦) C.E., 19 nov . 1958 , Butori , Rec ., leb .p. 565.

(رئيس لجنة الاختيار) أظهر عداء لترشيح إمرأة لوظيفة سكرتيرة البلدية[1]، ألغى قرار رفض تعيين السيدة Merlenqhi لأن ملفها تضمن معلومات تفيد بمعتقداتها السياسية[2].

من جهة أخرى استقر القضاء الإداري على أنه لا يجوز التفرقة بين الجنسين (الرجال والنساء) إلا بشرطين :[3]

أولهما : إذا اقتضت طبيعة الوظيفة أو شروط ممارستها ذلك . بمعنى أن يكون الجنس شرطا محددا وحاسما لممارسة الوظيفة .

ثانيهما : خضوع ذلك لرقابة القضاء . حيث يراقب القاضي الإداري التدبير أو القيد المستخدم من قبل الإدارة ، وهل تتطلبه طبيعة المرفق ومصلحته .

---

(١) C.E., 9 decembre 1966 , Delle Podeur , précité.

(٢) C.E., 28 sept.1988 , précité.

(٣) انظر تفاصيل ذلك في المطلب الثالث من المبحث الثاني من هذا البحث .

الخاتمـة

بيَّنا في هذا البحث أن مبدأ المساواة بمفهومه العام يعد حجر الزاوية في كل تنظيم ديمقراطي للحقوق والحريات العامة . ويجد هذا المبدأ أساسه وسنده في الأديان السماوية، والمواثيق الدولية، والتشريعات الوضعية، وخاصة الدساتير على اختلاف أيديولوجياتها وتوجهاتها السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، وفي أحكام القضاء، وخاصة القضاء الإداري .

واقتصر موضوع بحثنا على مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة باعتباره أحد المبادئ العامة للقانون التي تثير جدلا ونقاشا هاما في نظام القانون والقضاء الإداريين، وباعتباره أيضا أحد المبدأين الأساسيين الذين يحكمان التعيين في الوظائف العامة (مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة، ومبدأ التعيين على أساس الجدارة والكفاءة) .

وأكدنا أن هذا المبدأ يستمد أساسه القانوني من النظام الإسلامي، حيث أن الوظيفة ليس حقا للإفراد وإنما تكليف بها من قبل الدولة . كما ويجد هذا المبدأ أساسه القانوني في المواثيق الدولية وإعلانات حقوق الإنسان، كما ويجد صدى في الاتفاقيات الدولية . ونصت معظم الدساتير على هذا المبدأ، وكذلك القوانين والأنظمة الخاصة بالوظيفة العامة أو الخدمة المدنية .

كما يستمد هذا المبدأ أساسه من مبدأ المساواة أمام القانون واللوائح، وإن هو إلا نتيجة طبيعية ولازمة لمبدأ المساواة أمام القانون واللوائح، وارتبط من ناحية أخرى بمبدأ الحياد، هذين المبدأين الذين يحكمان تشغيل المرافق العامة .

وخلصت هذه الدراسة إلى أنه لا يجوز التمييز بين المتقدمين لشغل الوظائف العامة استنادا للاعتبارات السياسية أو الفلسفية أو الحزبية أو النقابية أو بسبب المعتقدات الدينية أو العرقية أو الأثنية أو لاعتبارات الجنس (التمييز بين الرجال والنساء).

ومن خلال تحليلنا للإحكام القضائية الصادرة من القضاء الإداري والدستوري في فرنسا والأردن ودولة الإمارات العربية المتحدة نستطيع تسجيل الملاحظات التالية:

١- أن مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة هو مبدأ دستوري، بمعنى أن النصوص الدستورية هي الإطار الدستوري لتولي الوظائف العامة، وأن المعيار الوحيد لتولي الوظائف العامة هو الكفاءة أو الجدارة، ويترتب على مخالفة ذلك الإلغاء من قبل المحاكم المختصة ويظهر هذا المبدأ في جانبين:

* الجانب السلبي، حيث يمتنع عل المشرع وعلى السلطات اللائحية (الحكومة) اتخاذ أية إجراءات من شأنها التمييز بين المتقدمين لتولي الوظائف العامة لاعتبارات سياسية أو دينية أو عرقية أو لاعتبارات الجنس.
* الجانب الإيجابي، حيث لا يجوز للسلطات المختصة أن تأخذ بعين الاعتبار أية عناصر أخرى سوى الكفاءة والجدارة عند تولي الوظائف العامة.

٢- إن مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة هو مبدأ واحد وتطبيقات متعددة:

* فمن جهة، فإن المساواة أمام تولي الوظائف العامة تقتضي أن يتم اختيار المتقدمين لشغل الوظائف العامة في ضوء الصلاحيات الضرورية لممارسة الاختصاصات التي يعهد بها إلى السلطات المختصة، وأن اختيار طريقة معينة لاختيار المتقدمين هو من شأن المشرع، وأن تنفيذ ذلك من شأن السلطة اللائحية.
* ومن جهة أخرى، أن لمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة تطبيقات على الموظفين أثناء سير المهنة، فلا يجوز التمييز بين الموظفين في مجال الترقيات، وفي مجال المكافآت النوعية أو الخاصة أو الرواتب، أو تحديد العمر، أو في الإجراءات التأديبية . . إلخ.

٣- أن الإخلال بمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة يجب أن يكون واردا في منطوق القرار الإداري المطعون فيه حتى يتمكن القضاء من التصدي لهذا القرار وإبطاله إذا كان مخالفا للدستور.

٤- أن المساواة أمام تولي الوظائف العامة لا تكون إلا بين المتساوين في نفس الظروف، بمعنى أن المساواة لا تكون إلا بين المرشحين المتساوين في نفس الظروف، وأن استلزام بعض الشروط في المرشحين كالجنسية والسن والصلاحية الأخلاقية . . وغيرها من الشروط المنصوص عليها لا يخل بهذا المبدأ.

٥- أن القضاء لا يعتد إلا بالمساواة القانونية أمام تولي الوظائف العامة، ولا يعتد بالمساواة الفعلية أو الواقعية، لأن المساواة القانونية هي التي تعطي لكل مواطن الحق بالالتحاق بالوظائف العامة دون تمييز طبقي أو

اجتماعي أو تمييز لاعتبارات سياسية أو دينية أو لاعتبارات الجنس.

٦- إن الرقابة على مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة يكون من زاويتين:

* رقابة غير مباشرة وهي رقابة على دستورية التشريعات الخاصة بالوظيفة العامة، حيث يختص القضاء الدستوري بفحص دستورية التشريعات الناظمة للوظيفة العامة ويلغيها إذا ما تبين له مخالفتها لنصوص الدستور. وتكون رقابته أما أصلية أو فرعية (رقابة الدفع الفرعي).

* رقابة مباشرة وهي رقابة القضاء الإداري على مشروعية القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة.

استقر اجتهاد القضاء الإداري على أنه من حق الإدارة تقدير صلاحية المتقدمين لشغل الوظائف العامة وفقا لمقتضيات المرفق العام والمصلحة العامة، شريطة أن لا يشوب قرارها خطأ في القانون، أو خطأ ظاهرا في التقدير، أو انحرافاً في السلطة عن المصلحة العامة، أو عدم صحة الوقائع المادية.

من جهة أخرى استقر اجتهاد القضاء الإداري أنه لا يجوز التفرقة بين الجنسين في تولي الوظائف العامة إلا بشرطين:

- إذا اقتضت طبيعة الوظيفة أو شروط ممارستها ذلك، بمعنى أن يكون الجنس شرطا حاسماً ومحددا لممارسة الوظيفة.
- خضوع هذا القيد أو التدبير لرقابة القاضي، حيث يراقب القاضي هذا القيد ويلغيه إذا لم تتطلبه طبيعة المرفق.

المـــراجع

أ- المراجع باللغة العربية:

١- عفيفي، مصطفى محمود،

◆ الوسيط في مبادئ القانون الإداري، الطبعة الثانية، المطبعة الأهلية، دبي ١٩٨٩-١٩٩٠.

◆ الرقابة على أعمال الإدارة والمنازعات الإدارية، مطابع البيان التجارية، دبي ١٩٩٠.

٢- البياتي، منير أحمد، الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي، دراسة دستورية – شرعية وقانونية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، الدار العربية للطباعة، بغداد ١٩٧٩.

٣- الحلو، ماجد راغب، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٨٢و ١٩٩٤.

٤- فهمي، مصطفى أبوزيد، القانون الإداري، الدار الجامعية، لبنان بيروت ١٩٩٠.

٥- كنعان نواف، القانون الإداري الأردني، الطبعة الأولى، مطابع الدستور التجارية، الأردن ١٩٩٦.

٦- النجار زكي محمد،

◆ فكرة الغلط البين في التقدير في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، القاهرة ١٩٩٧.

◆ مبدأ المساواة في تقلد الوظائف العامة، مجلة كلية الدراسات العليا بأكاديمية مبارك للأمن، العدد ١٣ يوليو ٢٠٠٠م.

٧- خطار علي، تعيين الموظفين العموميين في فرنسا والأردن، دراسة مقارنة، مؤته

للبحوث والدراسات، جامعة مؤته الأردن، مجلد ٧، عدد ٢، تشرين أول ١٩٩٢.

٨- الأعرج موسى، المبادئ القانونية العامة لمحكمة التمييز الأردنية بصفتها محكمة عدل عليا منذ ١٩٥٣-١٩٨٧، نقابة المحامين الأردنيين.

٩- المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا الأردنية منذ بداية ١٩٨٨-١٩٩٢، نقابة المحامين الأردنيين.

١٠-مجلة نقابة المحامين، أعداد مختلفة وخاصة منذ ١٩٩٢-٢٠٠٠.

ب- المراجع باللغة الأجنبية:

1- JEANNEAU Benoit, les principes généraux du droit dans la Jurisprudence administrative, Ed. sirey, Paris, 1954.
2- GAZIER Francois, La Fontion publique dans le monde, Ed Gujas, 1972.
3- DE FORGES Jean- Michel, droit de La Fonction publique. P.U.F., Paris1986.
4- AUVERT Patrick, l'égalité des sexes dans la fonction publique, R.D.F., 1983.
5- MAHFOUZ Abdel Moneim, Recherche sur la Fonction publique dans ses rapports avec le pouvoir exécutif, thèse, Paris 2, 1974.
6- RIVERO Jean, les principes généraux fondementaux reconnue par les lois de la Republique, Dalloz, Paris 1972.
7- LAUCHAUME Jean - Francois, les grandes décisions de la Jurisprudence, droit administratif, P,U.F, Paris 1983.
8- LONG M., WEIL P.et BRAIBANT G., les grands arrèts de la Jurisprudence administratives, 9 eme ed. Sirey Paris, 1990.
9- Recueil du Conseil d'Etat (Lebon).
10- Etudes et documents du Conseil d'Etat (E.D.C.E).
11- Actualite Juridique droit administratif (A.J.D.A).

القرار الإدارى المستمر

إعداد

د. علـــي خطار شطنـــاوي *

* أستاذ القانون العام المساعد ، كلية الحقوق/ الجامعة الأردنية



ملخص البحث

يعد القرار الإداري المستمر قراراً إدارياً عادياً كبقية القرارات الإدارية الأخرى، لكنه يتميز عن غيره باستمرار آثاره القانونية. ولإلقاء مزيد من الضوء على فكرة القرار المستمر فقد خُصص لها مبحثين تناول الباحث في الأول منها التعريف بالقرار الإداري من خلال مدلول الجريمة المستمرة في قانون العقوبات ومدلول القرار المستمر في القانون الإداري وبيان أهمية تصنيف القرارات من حيث امتداد آثارها.

أما المبحث الثاني فتناول تطبيقات القرارات المستمرة الموجودة في الاجتهاد القضائي ومنها قرارات المنع من السفر وقرارات شطب اسم أحد المتعهدين من سجل الموردين، وكذلك القرارات السلبية وغيرها من التطبيقات.

مقدمة:

تتمتع الإدارة العامة بإعتبارها سلطة عامة بالعديد من امتيازات القانون العام لعل أهمها حقها في إصدار قرارات إدارية ملزمة للأفراد وتنفيذها مباشرة دون حاجة للالتجاء إلى القضاء، وهو ما يطلق عليه امتياز التنفيذ المباشر. كما ان القرارات التي تصدرها الإدارة ليست جميعاً من صنف واحد، فتصنف تصنيفات متعددة، ويتميز كل صنف منها بسمات وخصائص معينة. وحظيت القرارات الإدارية بنصيبها من الدراسات القانونية سواء أكانت دراسات عامة أو متخصصة. ولكن القرارات المستمرة التي يشير إليها القضاء الإداري بين الحين والآخر لم تلق الاهتمام الكافي، فبقيت فكرة عامة مرسلة عكسها عدم إستقرار الاجتهاد القضائي، وتعارض الأحكام القضائية وتناقضها. فالقرار المستمر هو قرار إداري عادي تتجمع فيه جميع عناصر القرار وشروطه، لكنه يتميز باستمرار إنتاج آثاره القانونية، بحيث يملك صاحب الشأن مخاصمته قضائياً دون التقيد بميعاد الطعن القضائي، وبمعنى أصح ما دام قائماً ومنتجاً لآثاره القانونية. لهذا يحظى بحث هذا الموضوع بأهمية خاصة على الصعيدين القضائي والإداري.

وغني عن البيان ان فكرة القرارات المستمرة ليست فكرة جديدة في عالم القانون ففي القانون الجزائي هناك ما يسمى بالجريمة المستمرة، وفي التأديب الوظيفي هناك ما يسمى بالمخالفة المسلكية المستمرة. فالاستمرار في ارتكاب الجريمة في الحالتين السابقتين يبرر قانوناً ملاحقة الفاعل مرة ثانية دون أن يعد ذلك اخلالاً بقاعدة عدم جواز معاقبة ذات الشخص عن الفعل مرتين. لهذا يبرز تساؤل مهم حول مدى الاختلاف في المفهومين، فهل لهما ذات المفهوم والمدلول أما أنهما مختلفان، بحيث

يستقل كل منهما بمفهومه ومدلوله الخاص. كما يتعين تحديد الحالات التي اعتبرها القضاء الإداري قرارات مستمرة بالنظر لأهمية الآثار التي تترتب على هذا التكييف.
ولإلقاء مزيد من الضوء على فكرة القرارات المستمرة نقترح بحثها في مبحثين:
المبحث الأول، التعريف بالقرار المستمر
المبحث الثاني، تطبيقات القرارات المستمرة.

المبحث الأول

التعريف بالقرار المستمر

تعتبر فكرة القرارات المستمرة فكرة شبه مجهولة في القانون الإداري، فالأحكام القضائية التي تشير إليها أحكام نادرة. كما أنها تشير إليها إشارة عارضة في معرض بحثها لميعاد الطعن القضائي، فلم يحاول القضاء تحديد ماهية هذه الفئة من القرارات الإدارية، وترك تلك المهمة للفقه الإداري. لهذا يتعين تحديد مدلول فكرة الجريمة المستمرة في قانون العقوبات باعتبارها المنطلق الأساسي لتحديد مدلول القرار المستمر في القانون الإداري. كما يسمح لنا ذلك بتحديد اوجه الاختلاف بين هذين المدلولين.

مدلول الجريمة المستمرة في قانون العقوبات:

تصنف الجرائم من حيث استمرارها إلى جرائم وقتية وجرائم مستمرة. فالجرائم الوقتية هي تلك الجرائم التي يقبل ركنها المادي في طبيعته ان يتحقق في لحظة زمنية محددة على كل حال ينتهي تحقق الركن المادي بانتهائه. أما الجريمة

المستمرة، فهي الجريمة التي يقبل ركنها المادي بطبيعته استمراراً في الزمان طالما شاء له الجاني ان يستمر[١]. ولكن الرأي الغالب في الفقه الجنائي يرى بان الجرائم المستمرة في المدلول القانوني هي ما امتدت مادياتها ومعنوياتها خلال وقت طويل ، أما الجريمة التي تمتد في مادياتها دون معنوياتها فهي وقتية[٢]. هكذا يمتد الاستمرار لجميع عناصر الجريمة المادية والمعنوية وليس للركن المادي فقط كما يذهب أنصار الرأي الاول[٣] .

وعليه يرتبط معيار تصنيف الجرائم الى وقتية ومستمرة بالزمن الذي يستغرقه تحقق عناصر الجريمة، فإن لم يستغرق غير برهة يسيره فالجريمة وقتية، أما اذا امتد خلال وقت طويل نسبياً فالجريمة مستمرة[٤] .

---

(١) الدكتور محمد زكي ابو عامر، قانون العقوبات ، القسم العام، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٦ ، ص٣٧٣.

(٢) الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات ، القسم العام، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٧ ، ص٣٣٧. ويقول الدكتور سامح السيد جاد في مؤلفه مبادئ قانون العقوبات، القاهرة، ١٩٨٧ ، ص ٤٣ مايلي " فإننا نرى ان هذا النوع من الجرائم يدخل في عداد الجرائم الوقتية، وليس الجرائم المستمرة، وذلك لأن هذا النوع من الجرائم امتدت مادياته لفترة طويلة نسبياً أما معنوياتها فهي غير ممتدة، وذلك لأن الجريمة المستمرة تتطلب ان تتكون عناصرها من استمرار لمادياتها ومعنوياتها، ومما يدل على كونها وقتية، أن أحكام الجرائم الوقتية يسري عليها " . ويقول الدكتور سمير عالية في مؤلفه شرح قانون العقوبات القسم العام، بيؤوت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص ١٨٥ ما يلي " الجريمة المستمرة " ، فهي على العكس من الفورية إذ يستمر ركناها المادي والمعنوي بعد لحظة تمام النشاط الجرمي فترة من الزمن" شرح قانون العقوبات القسم العام، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص١٨٥ .

(٣) الدكتور محمد زكي ابو عامر، المرجع السابق، ص ٣٧٣ .

(٤) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٣٣٤ .

ومن نافلة القول ان الجريمة الوقتية أو الفورية هي تلك الجريمة التي تتم وتنتهي في لحظة واحدة دون أن يستمر بعدها النشاط الجرمي الذي ساهم في إتمامها [1] بقطع النظر عن مدى استمرار آثارها. فالعبرة للقول بالاستمرار هي بما يكون عليه النشاط الجرمي مقروناً بإرادة الجاني بعد إتمام الجريمة لا قبلها، ولا عبرة بالآثار التي تترتب على ذلك النشاط بعد تمامه دون تدخل جديد من قبل الجاني [2]. فالجريمة المرتكبة تعتبر جريمة وقتية اذا كان تحقق عناصرها يستغرق زمنا قصيراً وان ترتبت عليها آثار ممتدة خلال زمن طويل [3]. لهذا لا يجوز الخلط بين الجريمة المستمرة والجريمة الوقتية ذات الأثر المستمر [4]، فبعض الجرائم تعتبر جرائم وقتية مهما استمرت آثارها لاحقا. وعليه لا يؤثر استمرار آثار الجريمة على تكييفها القانوني، إذ أنها لاحقة على لحظة تمامها [5].

ويقوم معيار الامتداد الزمني لتنفيذ السلوك الاجرامي على عنصرين اساسيين احدهما، موضوعي وثانيهما شخصي. فالعنصر الموضوعي يتمثل في مدى قابلية النشاط للاستمرار ويتجلى العنصر الشخصي في إرادة الجاني. يقول الدكتور

---

(١) الدكتور سمير عالية، المرجع السابق، ص١٨٤.

(٢) الدكتور سمير عالية، المرجع السابق، ص١٨٥.

(٣) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٣٣٨.

(٤) الدكتور محمد زكي ابو عامر، المرجع السابق، ص٣٧٤.

(٥) يقول الدكتور سمير عالية: " أما الآثار التي تستمر بعد انتهاء النشاط الجرمي فلا يؤثر على كون الجريمة فورية، لأنها لاحقة على لحظة تمامها. فمثلاً أثر الموت(في القتل) وحيازة المال المسروق(في السرقة) حالة مستمرة بعد القتل والسرقة لكن بوصفها من آثار الجريمة وليس بحكم طبيعتها. " المرجع السابق، ص١٨٤. ويقول الدكتور محمد زكي أبو عامر " ان هناك فارق هام بين الجريمة المستمرة والجريمة الوقتية ذات الأثر المستمر فالقتل والسرقة جرائم وقتية مهما استمرت أثارها من بعد" المرجع السابق، ص٣٧٤.

رمسيس بهنام " أن الجريمة الوقتية هي تلك الجريمة التي ينتهي تنفيذها بحسب طبيعته في لحظة معينة من الزمن دون ان يكون ذلك التنفيذ قابلا للامتداد إلى ما بعد هذه اللحظة والجريمة المستمرة هي تلك الجريمة التي من شأنها أن يكون تنفيذها قابلاً بطبيعته للامتداد في الزمن كلما أراد فاعلها ذلك "[1] . فالعبرة في التفرقة بين الجريمة الوقتية والجريمة المستمرة هو بطبيعة الاعتداء، فإذا كان قابلاً للاستمرار بطبيعته طالما شاء له الجاني أن يستمر فهي جريمة مستمرة وإلا فهي جريمة وقتية[2] . لهذا تعتبر سرقة التيار الكهربائي والقتل عن طريق اعطاء الجسم عدة جرعات متباعدة جرائم مستمرة وليست جرائم وقتية[3] . كما تعتبر جريمة استعمال المحرر المزور جريمة وقتية اذا ابرز الجاني المستند لموظف لكي يحصل منه على خدمة أو منفعة ثم قام بتمزيقه بعد ذلك مباشرة[4] .

---

(١) الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٥، ص٥١٥ ويقول الدكتور محمد زكي ابو عامر " الجريمة الوقتية هي الجريمة التي يقبل ركنها المادي في طبيعته ان يتحقق في لحظة زمنية محددة على كل حال ينتهي تحقق الركن المادي بانتهائه. أما الجريمة المستمرة، فهي الجريمة التي يقبل ركنها المادي بطبيعته استمراراً في الزمن طالما شاء له الجاني ان يستمر " . المرجع السابق، ص٣٧٣.

(٢) الدكتور محمد زكي ابو عامر، المرجع السابق، ص٣٧٣.

(٣) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٣٣٨.

(٤) الدكتور سامح السيد جاد، المرجع السابق، ص٤٤.

مدلول القرار المستمر في القانون الإداري:

ترتبط فكرة القرار المستمر في القانون الإداري بركن المحل في القرارات الإدارية. فالمحل هو الأثر القانوني الذي يترتب على القرار حالاً ومباشرة[1]. فالأثر القانوني الحال والمباشر هو معيار التمييز بين القرار الإداري - كعمل قانوني - وبين الأعمال المادية التي يتمثل محلها دوماً في نتيجة واقعية[2]. كما ان هذا الأثر القانوني هو معيار التمييز بين القرار الإداري وبين إجراءات التنظيم الداخلي كالنصائح والإرشادات والإجراءات الإعدادية التمهيدية كالتنسيبات والتحقيقات الإدارية وغيرها[3].

ويتمثل محل القرارات الفردية الشخصية أو الذاتية في إنشاء أو إلغاء أو تعديل المراكز القانونية الشخصية، ومحل القرارات الشرطية في إسناد مركز قانوني عام أو موضوعي إلى فرد من الأفراد[4]. وعليه تقتضي مشروعية محل القرار كما استقر القضاء الإداري المصري[5] والأردني[6] في تعريفهما للقرار الإداري ان يكون ممكنا وجائزاً قانوناً، مما يعني أنه يشترط في الأثر القانوني للقرار ان يكون ممكناً من ناحية

(١) الدكتور سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٨٤، ص٣٤٨.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٣٤٨.

(٣) لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع انظر الدكتور علي خطار شطناوي، القضاء الإداري، الكتاب الاول، قضاء الإلغاء، اربد، مطبعة كنعان، ١٩٩٥.

(٤) الدكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٣٥١.

(٥) لمزيد من التفاصيل في موقف مجلس الدولة المصري، انظر الدكتور محمد حلمي، القرارات الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، ١٩٦٧، ص ٦٥.

(٦) محكمة العدل العليا الأردنية، ٢٩/ ٣/ ٢٠٠٠، محكمة نقابة المحامين ٢٠٠٠، ص ٣٠٤٩. وعدل عليا أردنية، ١٤/ ٢/ ٢٠٠٠، مجلة نقابة المحامين ٢٠٠٠، ٢٩٢٩٢.

وجائزاً من ناحية أخرى[1] . لكن استحالة تحقيق الأثر القانوني يؤدى إلى انعدام القرار نفسه، وليس إلى عدم مشروعية محله . فالواقع انه ليس لشرط امكانية الأثر القانوني علاقة بعنصر المحل في القرار الإداري، لأنه اذا ثبت عدم امكانية ترتيب هذا الأثر سواء من الناحية القانونية أم من الناحية الواقعية أو العملية، أصبح القرار الإداري منعدماً، ولكن ليس لعيب المحل في هذه الحالة، وانما لانعدام هذا المحل أو بالأحرى لتخلف أحد شروط ركن الإرادة في القرار الإداري[2] . ولكن يشترط لمشروعية محل القرار ان يكون جائزاً قانوناً، أي ان القانون يجيزه أو على الأقل لا يحظره .

وبناء عليه نرى بان القرارات الإدارية تصنف من حيث امتداد أثرها القانوني إلى ثلاثة فئات هي القرارات الفورية والقرارات الوقتية والقرارات المستمرة . فالقرارات الفورية هي تلك القرارات التي ترتب أثرها القانوني دفعة واحدة ولا يتجدد بعدها إطلاقا، كالقرار الصادر بانهاء خدمات الموظف لأي سبب من الأسباب، إذ يترتب عليه انقطاع العلاقة القانونية (إنهاء مركز قانوني) التي تربط الموظف بالإدارة، وتتحقق عملية قطع علاقة التوظف دفعة واحدة ولمرة واحدة فقط ولا تتجدد بعدها ابداً . كما تعتبر قرارات التعيين قرارات فورية، إذ يترتب محلها(احداث مركز قانوني) دفعة واحدة وللمرة واحدة فقط .

---

(١) انظر الدكتور سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، الاسكندرية، ١٩٩٢، ص٢١١.

(٢) الدكتور سامي جمال الدين، ص٢١١ .

ويقصد بالقرارات الوقتية تلك القرارات التي تحدث أثرها القانوني لمدة معينة كقرارات التعيين بوظيفة متدرب[1]، وقرارات الترخيص السنوية. فقد قضت محكمة العدل العليا " نجد ان المستدعيين هم أصحاب معامل طوب في منطقة صويلح وكانوا يمارسون هذه المهنة موجب رخص تتجدد سنوياً وتبين انه بتاريخ ٢٩/ ١١/ ١٩٨٣ وبموجب القرار رقم (٤٥٤) الصادر عن مجلس التنظيم الأعلى المتعلق بوضع مخطط التنظيم الأضافي لبلدة صويلح والمصدق حسب الاصول موضع التنفيذ اصبحت قطع الأراضي المقامة عليها معامل الطوب العائدة للمستدعين ضمن تنظيم سكن(ب) وقد استمرت بلدية صويلح بتجديد رخص المستدعيين إلى أن ضمت منطقة صويلح إلى أمانة عمان الكبرى بتاريخ ١/ ١/ ١٩٨٧ "[2]. ولا يهم أن يكون تحديد الفترة الزمنية قد ورد في القرار الإداري نفسه أو ورد في نص قانوني بقطع النظر عن طبيعته(دستور قانون أو نظام) أو قيمته القانونية.

ويقصد بالقرارات المستمرة تلك القرارات التي تستمر في انتاج اثارها القانونية فترة زمنية غير محددة. فيتعين لاكتساب القرار صفة القرار المستمر ان يتوافر فيه شرطان اساسيان اولهما، ان يكون هناك استمرارية في إحداث الأثر القانوني، أي أن لا يرتب القرار آثاره القانونية دفعة واحدة وبصورة كاملة وتامة كالقرار بعزل الموظف أو باعتباره فاقداً لوظيفته، أو بإحالته إلى الاستيداع أو التقاعد. وثانيهما، أن لا يكون إحداث الآثار القانونية للقرار مقيد بفترة زمنية معينة. وبهذا يختلف القرار المستمر عن القرارات الوقتية.

---

(١) C. E: 15\12\1963, Rec, P91.

(٢) محكمة العدل العليا الأردنية: ٢/ ٣/ ١٩٩٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٥، ص١١٦٧.

وغني عن البيان أن توافر الشرطين السابقين معاً أمر ضروري لاعتبار القرار مستمراً، وبذا يؤدي تخلفهما او تخلف أي منهما إلى نفي صفة القرار المستمر عن القرار الإداري، فهذان الشرطان متلازمان تلازماً حتمياً. هكذا يتضح الاختلاف بين الجريمة المستمرة في قانون العقوبات والقرار المستمر في القانون الإداري. فالاستمرار في قانون العقوبات ينصرف إلى الجريمة الجزائية ذاتها، أي يتحقق الاستمرار في ارتكاب ماديات الجريمة ومعنوياتها معاً بصرف النظر عن مدى استمرار آثارها الجرمية، في حين إن الاستمرار في القانون الإداري ينصرف إلى آثار القرار الإداري نفسه، فالقرار المستمر، هو قرار إداري اكتملت فيه جميع عناصر القرار وشروطه، لكن الآثار المترتبة عليه هي المستمرة.

اهمية تصنيف القرارات من حيث امتداد آثارها:

تنطوي عملية تصنيف القرارات الإدارية من حيث امتداد آثارها القانونية على أهمية كبيرة على صعيد ميعاد الطعن القضائي، وهو الأمر الذي أوضحته محكمة القضاء الإداري المصرية " يتجدد من وقت إلى آخر على الدوام وذلك بخلاف القرارات الوقتية التي تخضع للميعاد "[1]. وعليه استقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر والأردن على أن ميعاد الطعن القضائي بالقرارات المستمرة يبقى مفتوحاً. فالطعن بهذه الطائفة من القرارات لا يتقيد بميعاد، إذ يبقي هذا الميعاد مفتوحاً طالما ظل القرار قائماً ومستمراً في إنتاج آثاره القانونية. فالقرارات الصادرة برفض طلبات ارسال الوثائق المحلية بالبريد دون انتقال مقدميها من المكلفين أو المقيمين في الوحدة المحلية يؤدي إلى فتح ميعاد الطعن من جديد حتى لو كانت هذه القرارات مجرد

(١) محكمة القضاء الإداري المصرية، القضية رقم ٤٠٩لسنة ١٣ قضائية، جلسة ١٩٥٩/١٢/٨، مجموعة السنة، ١٢، ص١٥٥.

توكيد لقرارات رفض سابقة مادام ان من حق الأفراد بمقتضى قانون البلديات الاطلاع الدائم على هذه الوثائق[1] . كما قضت محكمة العدل العليا الأردنية "أما بالنسبة للدفع برد الدعوى شكلا" لتقديمها بعد مضي المدة القانونية فإننا نجد أن مصادرة جوازات سفر المستدعيين واستبدالهما بجوازات سفر مؤقته هو من القرارات المستمرة التي يجوز الطعن فيها دون التقيد بميعاد"[2] .

وعليه فقد اضاف القضاء الإداري استثناء جديد لفتح ميعاد الطعن القضائي بجانب الاستثناء التشريعي الذي اورده المشرع الأردني في المادة (١٢/ ج) من قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ بخصوص القرارات المنعدمة. وعليه لا يتقيد الطعن بالقرارات المنعدمة والقرارات المستمرة بميعاد معين .

---

(١) C.E: 11\1\1978, Rec, p5.

(٢) محكمة العدل العليا الأردنية، ١٨/ ٦/ ١٩٩٥ ، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٧ ، ص٢٢٠٠ .

المبحث الثاني
تطبيقات القرارات المستمرة

لا يمكن حصر تطبيقات القرارات المستمرة على سبيل الحصر، لكننا نذكر بعض التطبيقات التي وجدناها في الاجتهاد القضائي.

قرارات المنع من السفر:

تعد قرارات المنع من السفر قرارات مستمرة يمكن الطعن فيها بالإلغاء دون التقيد بميعاد. " وضع شخص في قوائم الممنوعين من السفر هو قرار ذو أثر مستمر مما يجعل لصاحب الشأن الحق في أن يطلب رفع اسمه من القوائم في كل مناسبة تدعو الى السفر الى الخارج، وكل قرار يصدر برفض طلبه يعتبر قراراً إدارياً جديداً يحق له الطعن فيه بالالغاء استقلالا "[1]. كما تعتبر قرارات مصادرة جوازات السفر من القرارات المستمرة" يتبين فيما يتعلق بالدفع بأن الدعوى قدمت بعد فوات الميعاد أن قرار مصادرة جواز المستدعي هو من القرارات المستمرة التي يجوز الطعن فيها دون التقيد بميعاد[2] " أما بالنسبة للدفع برد الدعوى شكلا لتقديمها بعد مضي المدة القانونية فاننا نجد أن مصادرة جوازات سفر المستدعين واستبدالهما بجوازات سفر مؤقتة هو من القرارات المستمرة التي يجوز الطعن فيها دون التقيد بميعاد "[3]. ويندرج ضمن هذا القبيل قرارات ابعاد المواطنين الذين يحملون جنسية الدولة، إذ يحق لهؤلاء

---

(١) محكمة القضاء الاداري المصرية، ١٧/ ٥/ ١٩٦٠.

(٢) محكمة العدل العليا الاردنية: ٢٩/ ٣/ ١٩٧٣، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٣، ص٧١٦.

(٣) محكمة العدل العليا الاردنية: ١٨/ ٦/ ١٩٩٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٧، ص٢٢٠٠.

العودة لوطنهم دوماً وفي أي وقت يريدون .

قرارات شطب اسم احد المتعهدين من سجل الموردين:

قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن قرار شطب اسم المتعهد من سجل الموردين المحليين من أثره تعديل المركز القانوني للطاعن تعديلا مستمراً ويكون له الطعن فيه بالإلغاء في أي وقت طالما ظل القرار قائماً منتجاً لآثاره "[1] .

القرارات السلبية:

يعد إمتناع الإدارة عن اصدار قرار اداري يوجب القانون عليها اصداره[2] قرارا مستمراً، وبذا يمكن لصاحب الشأن مخاصمة هذا القرار الضمني دون التقيد بميعاد . فقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية " اذا كان الثابت من الأوراق ان مراد المدعي هو المطالبة بإلغاء القرار السلبي بالامتناع عن بحث طلب التنازل عن مجلته المقدم منه وتقرير تعويض له وفقاً لأحكام القانون رقم(١٩٥) لسنة ١٩٥٨ في شأن الأحكام الخاصة بتنظيم الصحافة في الإقليم السوري فإن هذا القرار قرار إداري سلبي لا تتقيد المطالبة بالغائه بميعاد طالما ان الامتناع مستمراً "[3] .

واستقر قضاء محكمة العدل العليا على اعتبار القرارات السلبية قرارات مستمرة تبقى قائمة ومستمرة طوال مدة امتناع الإدارة عن اتخاذ القرار . فقد قضت محكمة

---

(١) المحكمة الادارية العليا المصرية : طعن رقم ١٢٢٥ لسنة ٢٥ ق جلسة ٢٥/ ٢/ ١٩٨٤ ، س٢٩ ، ص٧٠٩ .

(٢) تنص المادة(١١) من قانون محكمة العدل العليا رقم(١٢) لسنة ١٩٩٢ على أنه " يعتبر في حكم القرار الإداري رفض الجهة المختصة اتخاذ قرار او امتناعها عن اتخاذه اذا كان يترتب عليها اتخاذه بمقتضى التشريعات المعمول بها " .

(٣) المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم ١٥ لسنة ٢ قضائية جلسة ٢٠/ ٥/ ١٩٦١(دورة انعقاد دمشق)، مجموعة السنة السادسة، ص١١٤٩ .

العدل العليا " وفي أثناء النظر في دعوى مرافعة بحضور الفريقين أثار ممثل المستدعى ضده دفعا شكلياً بان الدعوى قدمت بعد فوات الميعاد بحجة أن القرار المطعون صدر بتاريخ ٩/ ١/ ١٩٧٢ والدعوى قدمت بعد اكثر من ستين يوماً وهو الميعاد المعين في القانون لرفع دعوى الإلغاء . وبعد الاستماع لأقوال ممثلي الفريقين نجد فيما يتعلق بهذا الدفع الشكلي ان القرار بمنح المستدعيين ترخيصاً لإنشاء مصنع تعبئة المشروبات الغازية وعصير الفواكهة مشروط لأن لا تجري تعبئة هذه المشروبات في عبوات معدنية . ولهذا فإن هذا القرار يعتبر من القرارات السلبية التي تبقى قائمة ومستمرة طوال مدة امتناع الإدارة عن الترخيص بتعبئة المشروبات في عبوات معدنية . وقد استقر الاجتهاد على أن من حق المستدعي أن يتقدم بطلب جديد في أي وقت لمنحه الترخيص خاليا من الشروط . وحيث انه من الثابت أن المستدعين بعد أن علموا بالقرار قدموا تظلماً طلبوا فيه منحهم الترخيص دون اشتراط التعبئة بعبوات غير معدنية . وحيث أن ما ورد في ملف الدعوى يشير الى أن المستدعى ضده بعد استلامه الطلب سلك سلوكا ايجابياً يستشف منه الرغبة في اتخاذ الإجراءات التي تمكنه من اعادة النظر في طلب الترخيص واصدار القرار المقتضى . فإن ما ينبني على ذلك ان ميعاد رفع الدعوى يظل في هذه الحالة مفتوحاً ما دام أن إجراءات المستدعي ضده بالموضوع ما زالت جارية فعلاً"[1] . وقضت محكمة العدل العليا في حكم آخر " وعن الدفع الثالث ومفاده أن الدعوى غير مسموعة لوجود قرار إداري سابق محصن تضمن عدم اجابة طلبات المستدعي بالترخيص وأن قرار اللجنة المحلية للتنظيم المشار

---

(١) محكمة العدل العليا الاردنية : ٢٢/ ٩/ ١٩٨٢ ، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٢ ، ص١٥٠٢ . ومحكمة العدل العليا الاردنية : ٢٩/ ٥/ ١٩٩٩ ، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٩ ، ص ٣٠٣٧ .

اليه برقم(٤٢٢) هو تأكيد لتلك القرارات السابقة المحصنة، فنجد أنه دفع لا يستند الى أساس سليم من القانون وذلك لأن من حق المستدعي أن يقدم طلباً للترخيص في أي وقت بالرغم من رفض طلباته السابقة وعلى اللجان المختصة أن تنظر في طلبه الجديد على ضوء الشروط القانونية وأحكام التنظيم فإذا كان مستكملاً للشروط القانونية منحته الترخيص وإلا رفضته دون أن يكون لها في ذلك أي سلطة تقديرية ودون اعتبار لأي طلب سابق قد تكون رفضته لعدم استكمال الشروط القانونية، وبالتالي يكون هذا الدفع غير وارد وحقيقاً بالرد أيضا "[1].

فإذا كانت القرارات المستمرة قابلة للطعن بدعوى الإلغاء دون التقيد بميعاد، فإن ميعاد الطعن القضائي يبدأ في السريان من تاريخ التنفيذ الفعلي. فقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في هذا الشأن " فإن الأمر لا يكون كذلك إذا ما كان الوضع قد أخذ طريقه الى التنفيذ الفعلي بالنسبة الى القرار السلبي، اذ أنه بتمام التنفيذ يبدأ ميعاد الطعن فيه "[2]. وعليه يبدأ ميعاد الطعن القضائي في السريان من تاريخ تمام التنفيذ الفعلي، فتكون القرارات السلبية قبل ذلك التاريخ قابلة للطعن القضائي مهما طال أمد هذا الامتناع. وعلة ذلك ان الاساس القانوني الذي أجاز عدم تقيد الطعن بالقرارات السلبية بالامتناع بميعاد معين قد انتهى بتمام التنفيذ الفعلي. فالأساس القانوني في عدم التقيد بمواعيد الطعن في القرارات السلبية هو فكرة استمرارها وعدم

(١) محكمة العدل العلياالاردنية: ١٩/ ١ ./ ١٩٩٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٥، ص١١٢٠.

(٢) المحكمة الإدارية العليا المصرية: الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ١١ قضائية جلسة ١٣/ ٨/ ١٩٦٨، مجموعة، السنة ١٣، ص٤٠٩.

انتهائها في انتاج آثارها القانونية [١] .

رفض الإدارة تنفيذ الأحكام القضائية:

تعد قرارات رفض تقديم المعاونة لتنفيذ الأحكام القضائية قرارات مستمرة قابلة للطعن القضائي دون التقيد بميعاد الطعن القضائي [٢] . كما ان رفض تنفيذ الأحكام القضائية تعد على صعيد قانون العقوبات جريمة مستمرة [٣] .

المطالبات المالية:

تتحقق فكرة القرارات المستمرة أيضا في المطالبات المالية سواء كان صاحب الاستحقاق المالي هو فرد بمواجهة الإدارة العامة أم الإدارة ذاتها إزاء الأشخاص الاخرين . وعليه نكون أمام فرضيتين مختلفتين رغم تماثلهما في الظروف .

* **الفرضية الأولى: أن يكون الفرد العادي هو صاحب الاستحقاق المالي:**

إذا كان الفرد العادي هو صاحب الاستحقاق المالي بمواجهة الإدارة العامة . فيمكنه أما تقديم دعوى قضاء كامل(مركز قانوني شخصي متمثل في دين) في الدول التي تأخذ بالمعيار العام لتحديد اختصاص القضاء الإداري كفرنسا أم دعوى مطالبة مدنية عادية في الدول التي تأخذ بالتعداد التشريعي في سبيل الحصر لتحديد اختصاص القضاء الإداري كالأردن ، لمطالبة الإدارة بإداء الاستحقاق المالي الذي

---

(١) الدكتور سامي جمال الدين " المنازعات الإدارية ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، ص٢٠٢ ، ٢٠٣ ، وانظر أيضا الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله ، المرجع السابق ، ص٥٦٢ .

(٢) T. A. de Paris, 18\4\1956, Res, P 534.

(٣) لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر الدكتور عبد الفتاح مراد ، جرائم الامتناع عن تنفيذ الأحكام وغيرها من جرائم الامتناع ، الاسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص٧٨ وما بعدها .

قرره النص القانوني، وإما أن يقدم بدلاً من ذلك دعوى إلغاء للطعن بقرار الإدارة برفض إداء المستحقات المالية باعتباره قراراً مخالفاً للأحكام القانونية التي قررت هذا الاستحقاق لصالح الشخص[1] . ولكن محكمة العدل العليا تشترط تقديم دعوى الإلغاء في ميعاد الطعن القانوني اذا كان مصدر الاستحقاق المالي هو القرار . فقد قضت " ومحكمتنا ترى المنازعة في دعوى الاستحقاق أما أن تكون ناشئة عن مصدر قانوني وهي بهذه الحالة تأخذ شكل المنازعة المدنية ولا تتقيد بمدة الطعن ما لم تسقط بالتقادم أو يكون مصدرها القرار الإداري الذي أثر على مركز صاحب العلاقة وبالتالي تأخذ المنازعة شكل دعوى الإلغاء بما فيها التقيد بمدد الطعن والأصول وفق قانون محكمة العدل العليا . وحيث أن دعوى المستدعي في حقيقتها لا تعدو عن كونها الطعن بقرار التسريح ومطالبته بالغاء هذا القرار تمهيداً لاحالته الى الاستيداع كما هو واضح من مرافعة وكيله وهي بالتالي دعوى الغاء ناشئة عن قرار إداري أثر في مركز المستدعي الوظيفي وليس منازعة حول مقدار الراتب أو التعويضات التي يستحقها وحيث أن المستدعي علم بالقرار الطعين على وجه اليقين بتاريخ ٢٩/ ١١/ ١٩٩٤ وتقدم بهذه الدعوى بتاريخ ٣/ ٦/ ١٩٩٥ فتكون الدعوى مقدمة بعد انقضاء مدة الطعن المقررة وهي ستون يوماً ويكون الدفع مقبولا والدعوى مستوجبة للرد "[2]
وقضت محكمة العدل العليا في حكم آخر " إلا أن محكمتنا ترى أن دعوى المنازعة في الاستحقاق أما ان يكون مصدرها القانون وهي بهذه الحالة تأخذ شكل الدعوى المدنية ولا تتقيد بمدة للطعن ما لم تسقط بالتقادم أو ان يكون المصدر هو القرارات

---

(١) A. de laubadere: op. cit, No 1162.

(٢) محكمة العدل العليا الأردنية: ١/ ١٠/ ١٩٩٥، مجلة نقابة المحامين، ١٩٩٥، ص١٦٤٣.

الإدارية التي أثرت على مركز الموظف وبالتالي تأخذ المنازعة شكل دعوى الإلغاء بما فيها مددها وأصولها وفق قانون محكمة العدل العليا. وحيث أن مركز المستدعي قد تحدد بقرار تعديل وضعه الوظيفي وترفيعه إلى أدنى مربوط الدرجة الثالثة اعتباراً من ١/ ١٢/ ١٩٩٢ - وحيث أقام المستدعي دعواه بعد مرور ستين يماً على تبلغه وعلمه اليقيني بقرار ترفيعه للدرجة الثالثة فتكون مقدمة بعد فوات الميعاد القانوني [١].

ويتطلب القضاء الإداري توافر ثلاثة شروط أساسية لقبول دعوى الإلغاء شكلاً، أولها، أن يكون مصدر الاستحقاق المالي هو نص قانوني سواء كان وارداً في نظام أو قانون، وبذا ترد دعوى الإلغاء شكلاً إذا كان مصدر هذا الاستحقاق هو عقد من العقود، ومن أمثلتها المستحقات المالية الخاصة بالموظفين بعقود [٢]. وثانيها، أن يستند صاحب الشأن في مخاصمته لقرار الرفض لمخالفته لمبدأ المشروعية، وفي حالتنا هذه مخالفة الإدارة للأحكام القانونية الواردة في النص القانوني، فلا تقبل الإدعاءات التي يقدمها الشخص اذا كانت تتعلق بمخالفة الأحكام التعاقدية. وثالثها، ان تقتصر الطلبات التي يضمنها صاحب الشأن في لائحة دعواه على طلبات الغاء فقط، وبذا ترد جميع الطلبات التي تستهدف الحكم بإداء الاستحقاق المالي. وعلة ذلك أن قضاء الإلغاء لا يملك الا الحكم بالغاء على قرارات الرفض غير المشروعة فقط دون أن يستخلص بنفسه النتائج المالية التي تترتب على هذا الإلغاء القضائي. ولكن هذا الأمر لا يعدو أن يكون مجرد أمر شكلي، وذلك لأن الحجية العامة والمطلقة التي تتمتع بها أحكام الإلغاء وتنفيذها تقتضي أن تدفع الإدارة الى صاحب الشأن جميع

---

(١) محكمة العدل العليا الاردنية: ٣٠/ ٦/ ١٩٩٣، مجلة نقابة المحامين، ١٩٩٤، ص٣٥.

(٢) C.E: 14\5\1937, Rec, P 5ÆÆ- 1\2\1946, Rec, P32.

مستحقاته المالية . فإذا كان قضاء الإلغاء لا يملك من الناحية القانونية البحتة أن يقرر مباشرة دفع المستحقات المالية للشخص ، فإن التزام الإدارة بتنفيذ الحكم القضائي الصادر بإلغاء قرارها برفض دفع الاستحقاق المالي يستلزم أن تدفع للطاعن جميع مستحقاته المالية التي يطالب بها ، وبذا تتحقق من الناحية العملية النتيجة نفسها . ولا شك أن في ذلك نوعا من التقارب بين منازعات الإلغاء ومنازعات القضاء الكامل[1] .

وبناء عليه يعد رفض الإدارة دفع المستحقات المالية التي قررها النص القانوني قراراً مستمراً طوال الفترة الزمنية التي استمر فيها هذا الرفض حتى تقوم الإدارة بأداء هذا الاستحقاق المالي . وعليه لا يتقيد الطعن بقرار الرفض بميعاد معين باعتباره من القرارات المستمرة . ولا يهم لغايات ميعاد الطعن أن يكون رفض الإدارة بدفع الاستحقاق المالي صريحاً أو ضمنا كامتناعها عن الإجابة على الطلبات التي يقدمها صاحب الشأن لدفع الاستحقاق المالي المقرر لصالحه .

* **الفرضية الثانية: أن تكون الإدارة هي صاحبة الاستحقاق المالي:**

تقرر الإدارة العامة وبمبادرة ذاتية منها بما لها من سلطة استيفاء مبلغ معين من الأموال المودعة لديها أو من راتب أحد العاملين لديها بحجج واسباب مختلفة . فقد استقر قضاء محكمة العدل العليا على عدم مشروعية قرار الإدارة بحسم المبلغ من المستحقات المالية للشخص مباشرة . بل يتوجب عليها اللجوء أولا الى القضاء " وحيث أن القرار الصادر عن المستدعى ضدها بحسم مبلغ(٩٢٥) ديناراً من تقاعد المستدعية محول الى حساب الأمانات هو مما لا تختص به لجنة التقاعد ذلك أن استرداد ما يدفع للموظف على سبيل الخطأ ان كان لذلك وجه يتم عن طريق المحاكم

(١) A. de Lau badere: op. cit No 1162.

وليس بطرق الحسم مباشرة من رواتب الموظف وحقوقه. اذ أن ذلك يعني اقتضاء الحقوق بتحصيلها دون حكم قضائي وهو أمر محظور بموجب المادة(١٠٢) من الدستور التي جعلت المحاكم النظامية هي وحدها صاحبة الحق في القضاء على جميع الأشخاص وفي جميع المواد المدنية والجزائية بما فيها الدعاوي التي تقيمها الحكومة او تقام عليها. لذلك تقرر المحكمة الغاء القرار المطعون به فيما يتعلق باسترداد مبلغ(٩٢٥) ديناراً من راتب المستدعية "[1].

وقد يقتصر القرار الإداري في بعض الأحيان على مطالبة صاحب الشأن بدفع مبلغ معين تدعي الإدارة أنها صاحبة الاستحقاق فيه دون أن تلجأ الى تنفيذه. وعليه يكون أمام الشخص في هذه الحالة طريقتان مختلفتان، فإما ان يقدم دعوى مدنية (منع مطالبة) أمام القضاء النظامي، وأما تقديم دعوى الغاء لمخاصمة قرار المطالبة نفسه. ولكن اختيار هذا الطريق الأخير يستلزم أن يكون السند القانوني لقرار المطالبة او الاقتطاع هو نص قانوني وليس عقداً من العقود، وأن يستند الشخص في لائحة دعواه الى أن القرار الطعين مخالف للقانون، وأن تقتصر طلباته على إلغاء القرار الطعين فقط. فقد قضت محكمة العدل العليا " نجد أن المستدعية تقدمت بهذه الدعوى للطعن بقرار المستدعى ضده الثاني (مدير التربية والتعليم لمنطقة عمان الكبرى الأولى) المتضمن تحصيل مبلغ(٥٦,١٥٠) ديناراً من المستدعية وهي تطالب بإلغاء هذا القرار للأسباب الواردة في لائحة الدعوى. وبدءاً بالدفع الذي أثاره مساعد رئيس النيابة العامة الإدارية وخلاصته طلب رد الدعوى لعدم اختصاص محكمة العدل العليا للنظر فيها باعتبار أن موضوع الدعوى من اختصاص المحكمة

(١) محكمة العدل العليا الاردنية: ١٣: ١٢/ ١٩٩٧، مجلة نقابة المحامين/ ١٩٩٨، ص٨٤٨.

المدنية . فإنه تبين لنا من لائحة الدعوى ومبرراتها وطلبات المستدعية فيها أن الغاية التي تستهدفها المستدعية من هذه الدعوى هو الحكم ببراءة ذمتها من المبلغ المشار اليه أعلاه وعدم المطالبة به . وحيث أن مثل هذه المنازعة هي من المنازعات المدنية التي يعود النظر فيها الى المحاكم النظامية وتخرج عن صلاحيات محكمة العدل العليا ذات الاختصاص المحدد بالمادة(٩) من قانونها . الأمر الذي يكون فيه الدفع مقبولاً والدعوى حقيقة بالرد شكلاً لعدم الاختصاص "[١] .

ونحن نرى أن صاحب الشأن يملك إما الطعن بقرار المطالبة بدعوى الإلغاء باعتباره قرارا إداريا عاديا كبقية القرارات القابلة للطعن شريطة توافر الشروط السابقة[٢]، وإما تقديم دعوى مدنية لمنع مطالبته بالمبالغ المالية التي تدعي الإدارة بأحقيتها . ولا شك أن حجية الحكم القضائي الصادر بالغاء قرار المطالبة أو الاقتطاع وتنفيذه يستلزم رد المبالغ المقتطعة سابقا وزوال قرار المطالبة بأثر رجعي واعتباره كأن لم يكن .

وتفريعاً عما سبق يعد القرار الإداري الصادر بدفع مبالغ معينة والقرار باقتطاع هذه المبالغ وحسمها من المبالغ المتوفرة لدى الادارة قرارات مستمرة قابلة للطعن بالإلغاء دون التقيد بميعاد معين .

(١) محكمة العدل العليا الأردنية: ٢٢/ ٤/ ١٩٩٧، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٧، ص ٤٣٦٣ .

خاتمة:

يعد القرار المستمر قرارا إداريا عاديا كبقية القرارات الإدارية الأخرى، لكنه يتميز عن غيره من القرارات باستمرار آثاره القانونية. فتصنف القرارات من حيث امتداد أثرها القانوني إلى ثلاث فئات تضم الأولى القرارات الفورية، وهي تلك القرارات التي ترتب آثارها القانونية دفعة واحدة ولا يتجدد بعدها إطلاقا، وتضم الثانية، القرارات الوقتية، وهي القرارات التي تحدث أثرها القانوني لمدة معينة، وتتضمن الفئة الثالثة القرارات التي تستمر في انتاج آثارها القانونية فترة زمنية غير محددة، وهي ما يطلق عليها بالقرارات المستمرة.

ويشترط لاكتساب القرار صفة القرار المستمر ان يتوافر فيه شرطان اساسيان، أولهما، ان يكون هناك استمرارية في إنتاج الأثر القانوني، وثانيهما، ان لا يكون انتاج هذا الأثر مقيدا بفترة زمنية معينة. وبهذا يختلف القرار المستمر عن القرارات الوقتية. كما ان توافر الشرطين السابقين معا أمر ضروري لاعتبار القرار مستمرا، فيؤدي تخلفهما أو تخلف أي منهما إلى نفي صفة القرار المستمر عن القرار الإداري. ولا شك ان تصنيف القرارات من هذه الزاوية ينطوي على أهمية كبيرة، إذ يمكن الطعن بالقرار المستمر دون التقيد بميعاد الطعن القضائي، وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي المقارن، فقد اعتبر العديد من القرارات مستمرة قابلة للطعن فيها دون التقيد بميعاد. ومن أمثلة ذلك، قرارات المنع من السفر، وقرارات مصادرة جوازات السفر، وقرار شطب اسم احد المتعهدين من سجل الموردين، وقرارات رفض تنفيذ الاحكام القضائية، وقرارات المطالبة المالية. لهذا يفضل ان يحدد القضاء الإداري ماهية هذه الطائفة من القرارات الإدارية.

المفاهيم المعلوماتية
لجرائم الفضاء الافتراضي بالحاسوب

إعداد

حسن مظفر الرزو *

* أستاذ مساعد - كلية الحدباء الجامعة - جمهورية العراق .



ملخص البحث

ما دام القانون ـ متمثلاً بالسلطة المشرّعة لقوانينه ـ مهتماً بمعالجة الجريمة من خلال القوانين التي يسنّها، ستبقى الجرائم المعلوماتية مورداً خصباً لنمو أكثر من رأي ومعالجة قانونية للإشكالية التي تنشب عن سير مفردات الجريمة التي تستوطن في دائرة الفضاء الافتراضي الحاسوبي، والتي تختلف اختلافاً جذرياً عن الجرائم التقليدية.

من أجل هذا يهدف هذا البحث إلى معالجة موضوع الفضاء الافتراضي السائد في ميدان المعلوماتية وتقناتها، وإلقاء الضوء على طبيعة الجرائم التي بدأت بالانتشار في الواقع الافتراضي الجديد مهددة الأمن المعلوماتي الوطني، والعربي، والعالمي لكي يمهد للهيئات القانونية في وطننا العربي الفرصة المناسبة لمعالجة هذا الموضوع الذي بات يسود جلّ الأنشطة الإنسانية في عصرنا الراهن.

وقد اقترحت جملة من المحاور المطلوب معالجتها بعد سير وتحليل أهم المفاهيم السائدة في ميدان تقانات المعلوماتية الفضاء الافتراضي، ثم تم التوجه صوب القوانين والتشريعات الصادرة في جملة من الدول المتقدمة التي تمتلك خبرة في ميدان التعامل مع المعلوماتية وتقاناتها لكي توظف كشواهد يستدل بها عند صياغة التشريعات المناسبة في القوانين والتشريعات بوطننا العربي لمعالجة هذا النوع من الجرائم.

١- مقدمة:

استوطنت المعلوماتية في جلّ الأنشطة البشرية خلال العقد الأخير من القرن الماضي، وبدايات القرن الحالي بحيث لم نعد نجد نشاطاً إنسانياً لا يوظف الإمكانيات الهائلة التي أتاحتها المعلوماتية وتقاناتها المختلفة للارتقاء بأدائه سرعة وكفاءة.

نجم عن دخول الحاسوب في كل نقطة من رقعة الاستخدامات المعاصرة، وسهولة استخدامه، وظهور اللغات البرمجية المرئية Visual التي وفرت بدورها مناخاً سهلاً لاعداد البرمجيات بمختلف مستوياتها، تطور الخبرة والقدرة لدى الكثير من مستخدمي الحاسوب على تخطي النظم الأمنية المقامة على حافات النظم المعلوماتية وشبكاتها، فتفشت جرائم الحاسوب في دائرة الأنشطة المعلوماتية المختلفة، وأضحت تشكل خطراً كبيراً على النظم المعلوماتية التي تستند إليها جلّ الأنشطة البشرية المعاصرة[1].

تختلف التأثيرات التخريبية الناجمة عن اقتحام حرمة النظام المعلوماتي على ضوء طبيعة الاختراق، وآلية تنفيذه، وخصائصه التقنية. ينشأ عن بعض الاختراقات اللامشروعة إصابة النظام بفايروس حاسوبي يورث النظام خللاً مؤقتاً يودي الى تدني كفاءة أداء الحاسوب، أو حصول خلل في النظام البرمجي التشغيلي، أو حصول تلف جزئي أو كلي في قواعد المعلومات، أو عتاد الحاسوب.

بالمقابل فإن الاختراق قد يتجه صوب قواعد البيانات الشخصية، أو الوطنية من داخل القطر، أو خارجه، فيمارس عملية تغييرها، أو سرقتها، أو إتلافها جزئياً أو كلياً مورثاً البنية المعلوماتية الوطنية خسائر فادحة مع إمكانية حصول شلل جزئي أو

---

(١) The Cops Come to Cyberspace,pp.90+.

كلي في قطاعات مختلفة من الأنشطة التي تستند الى الحاسوب بوصفه أداة العصر .

تنشأ الجرائم في الفضاء الافتراضي لأكثر من سبب يكمن وراءها طمع شخصي، أو رغبة تخريبية، أو سلوك غير سوي. ولغرض منع تفشي هذه الجريمة أو الحد منها، وصياغة القوانين الملائمة لمعالجتها سنعمد الى بيان ماهية الفضاء الافتراضي الحاسوبي، وحدوده، والمفاهيم المعرفية التي زجّ بها الى ميادين الحياة المعاصرة لكي نوفر مناخاً مناسباً للمعالجة القانونية السليمة للموضوع[١]. وقد توجهنا صوب التشريعات القانونية السائدة في كل من: الولايات المتحدة الأمريكية، كندا، سويسرا، ألمانيا الاتحادية، وإيطاليا والتي عولجت خلالها هذه المسألة لكي تترسخ لدينا صورة واضحة المعالم عن التشريعات المناسبة لمعالجة هذا الموضوع الحيوي .

٢- الفضاء الافتراضي في الحاسوب:

يعتبر اصطلاح الفضاء الافتراضي (السبرنتيكي) Cyberspace من المصطلحات التي استعملت للمرة الأولى على يد الكاتب الأمريكي وليم جيبسون William Gibson في رواية من روايات الخيال العلمي[٢] ظهرت عام ١٩٨٤ بعنوان Neuromancer وظّف فيها هذه الكلمة لوصف واقع افتراضي لشبكة ترتبط بأطرافها مجموعة من الحواسيب عبر نظام يتصف بتعقيد يتجاوز حدود التصور البشري .

وقد ترعرعت دلالة هذا الاصطلاح فيما بعد ضمن ساحة الاصطلاحات التي صاحبت تقنية الحاسوب والمعلوماتية، فصار يستخدم للإشارة الى وصف مجموعة

(١) On The Trail of The Computer Criminals, pp.11.

(٢) Microsoft Encarta 2000 Encyclopedia.

البيئات الحاسوبية المترابطة فيما بينها بوشائج الاتصال والمفاهيم المعرفية التي تسود في الكون المعلوماتي الذي يرتكز الى شبكة الانترنيت، والشبكة العنكبوتية العالمية، والشبكات الحاسوبية الوطنية والمحلية، ونظم النشرات الحاسوبية Bulletin Board Systems التي تؤمن الاتصال الحيّ بين جميع الجهات التي استوطنت هذه البيئات الجديدة[1].

يمتاز الفضاء الحاسوبي بكونه يمتلك وجوداً افتراضياً Virtual Reality تختلف مقوماته عن مقومات الفضاء الفيزيائي الواقعي، لذا فإن عملية الاتصال القائمة بين البيئات الحاسوبية والمواقع الإلكترونية السائدة في الفضاء الافتراضي الحاسوبي لا تسودها مفاهيم المسافات، والأزمنة التي تسود العالم الفيزيائي التقليدي[2].

إن الحدود الاصطلاحية للفضاء الافتراضي قد تحولت الى حقيقة واقعة بعد سيادة حضارة الانترنيت، وظهور المواقع الإلكترونية كبديل للمواقع التي استوطنت البقع الجغرافية الأرضية، فأضحى وسطاً يحاكي الواقع الفيزيائي في هويته، مع وجود خلاف في طبيعة الماهية التي يمتاز بها.

٣- الجريمة المعلوماتية : Information Crime

يمكن إطلاق اصطلاح جريمة معلوماتية على الجرائم التي تتخذ من الفضاء الافتراضي للحاسوب مكاناً لها، وتستخدم الحاسوب أو النظام الحاسوبي بوصفه أداة لتنفيذ أركانها.

---

(١) The Cops Come to Cyberspace,pp.91.

(٢) Microsoft Bookshelf Computer and Internet Dictionary.

يوجد أكثر من سبب لدى قراصنة المعلومات بمباشرة جرائم معلوماتية على النظام الحاسوبي، أهمها:

١- تراكم أحقاد وضغائن دفينة، ورغبة بتدمير ما لدى الغير، أو إحداث أي نوع من التخريب لتحقيق نوازع غير متزنة على مستوى الأشخاص، أو المؤسسات أو النظم الحاكمة.

٢- وجود تحدّي تقني بين مستخدم وآخر، أو إدارة نظام معلوماتي، تدّعي امتلاكها لنظام أمني محكم غير قابل للاختراق، فيتحرّق البعض برغبة عارمة لإثبات تهافت هذا الادعاء، فيباشر المستخدم معركة مستمرة للبرهنة على ذلك.

٣- وجود إغراءات مادية توفرها حكومات، أو مؤسسات، أو شركات، أو أفراد لاستحصال معلومات أو بيانات هامة من نظام معلوماتي يكمن وراءها غايات سياسية، أو تقنية، أو اقتصادية بحتة.

٤- ارتكاب حماقة عندما يلجأ البعض الى جلب الأضواء الى شخصهم عن طريق إظهار قدرتهم للغير باختراق نظام معلوماتي لاقناع بطانتهم بعلوّ المكانة والقدرات التي يمتلكونها.

٥- الفضول والرغبة في اكتناه المجهول وساحة الممنوع، وهي خصائص تكمن في لبّ الذات البشرية، والتي تسعى لمعرفة المزيد، وإضفاء المعنى على حياة باتت سحب الكآبة تغزوها من كل صوب وحدب.

٦- وجود أغراض سياسية تستهدف مباشرة أنشطة مخابراتية على نظم أو مؤسسات في بلدان أخرى، فتمارس عمليات الاختراق من قبل مجاميع من

متطوعين يناهضون تلك النظم، أو مرتزقة يكتسبون لقمة العيش من عملية القرصنة والاختراقات المعلوماتية .

قد ترتقي الجرائم المعلوماتية على سلّم الأغراض السياسية فتشمل الخلافات القائمة بين معسكر وآخر، كما نراه واضحاً خلال هذه الأيام لدى قراصنة معلومات من المعسكر الشيوعي وأوربا الشرقية وما يمارسونه من عمليات اختراق مستمرة لمواقع حكومية استراتيجية تعود للولايات المتحدة الأمريكية، ودول أخرى في المعسكر الغربي .

جدول رقم (١) ـ الأسباب المؤدية الى الاختراق المعلوماتي .

النسبة	السبب
الرغبة الشخصية بالاستفادة .	٣٠٪
الجهل بالسلوك أو التصرف المهني السليم .	٢٦٪
التصرف الغبي .	٢٤٪
أمور أخرى متفرقة .	١٠٪

٤-١ الاختراق المعلوماتي:

إن التنقيـر في الوثائق التي تعالج جرائم الحاسوب يظهر بأن التعاريف الاصطلاحية التي قد صيغت لبيان حدودها قد عانت من عمليات إعادة صياغة لحدودها أكثر من مرة على ضوء التغيرات المتسارعة في ميدان تقانات المعلوماتية . بيد

أن أكثر التعاريف قبولاً في هذا المضمار هو الذي يعتبرها فعلاً غير مشروع يوظف المعرفة العلمية السائدة في ميدان تقانة الحاسوب والمعلوماتية لاقتراف إساءة أو هجوم على الغير[1] .

بصورة عامة تنشأ الجريمة في الفضاء الافتراضي عبر اعتماد مبدأ الاختراق المعلوماتي لحدود نظام من النظم السائدة في هذا الفضاء وذلك لمباشرة زمرة من الأنشطة اللامشروعة، والتي تشمل :

١- سرقة البرمجيات أو استغلالها دون وجود أذن مسبق بذلك .

٢- الدخول الى ساحة النظم الحاسوبية، وشبكات الهواتف بأنواعها لاستغلال الموارد المتاحة فيها .

٣- التلاعب بالبيانات وتغيير محتويات ملفات الغير أو اتلافها، أو نقلها، ونشرها .

٤- كسر الشيفرات البرمجية للبرمجيات التطبيقية المحميّة، أو الملفات المشفرة لأغراض الحفاظ على سريّة محتوياتها لأي سبب كان .

٥- مباشرة أعمال قرصنة على الخدمات العامة والخاصة المتاحة على الشبكات الحاسوبية .

٦- زج الفايروسات الحاسوبية، أو برمجيات مشابهة لإحداث خلل في أداء المنظومة، أو إتلاف مواردها المعلوماتية .

٧- تهريب موارد معلوماتية من نظام الى آخر .

٨- ممارسة أنشطة إرهابية بمختلف مستوياتها إزاء البنى التحتية للدول، أو المؤسسات، أو الأفراد .

---

(١) The Growing Of Computer Crime, pp.6.

تنشأ هذه الجرائم داخل الفضاء الافتراضي الحاسوبي، وبعيد تحقيق اختراق معلوماتي لبنية أحد النظم، فتباشر الخطوات التي تهدف الى تحقيق أهدافها الإجرامية.

تباينت الآراء بصدد تحديد نقطة بداية الهجمة المعلوماتية، ومتى يمكن اعتبار النظام يعاني من عملية اختراق أمني. فذهب البعض الى اعتبار بدء محاولة الغير للدخول الى ساحة النظام (ممن لا يمتلكون ترخيصاً للعمل على نظام بذاته)، أو محاولة إحباط نشاط ما في بقعة من بقاع النظام نقطة البداية للهجمة المعلوماتية[1]. بينما يذهب البعض الآخر الى عدم اعتبار النشاط المعلوماتي اختراقاً ما لم يبدأ بعملية قرصنة المعلومات بكامل تفاصيلها الدقيقة.

ويبدو لنا بأن آراء الطرفين لم تنجح في تلمّس الصواب في صياغاتها لتعريف دقيق ومحكم لعملية الاختراق المعلوماتي، لأن المباشرة بعملية محاولة الدخول الى نظام معلوماتي ما لا تقتضي النجاح في تحقيق هذه الغاية، لذا لا يصح لنا إطلاق اصطلاح اختراق بل هجمة معلوماتية، كما أن ربط الاختراق بتحقيق غايته هو تساهل واضح لأن الدخول الى الحمى هو اختراق لحرمة النظام سواء تحققت غايته أم لم تتحقق.

من أجل هذا يمكننا القول بأن أي عملية دخول لا مشروع يمارسها الغير على نظام معلوماتي (دون وجود حساب أو ترخيص قانوني) بصورة مباشرة، أو غير مباشرة يعتبر اختراقاً معلوماتياً يقع صاحبه تحت طائلة المساءلة القانونية على ضوء طبيعة

(١) يفيد التعريف الاصطلاحي لبداية الهجمة أو الاختراق المعلوماتي في تحديد المسؤولية القانونية للمخترق، وطبيعة الأحكام القانونية التي تصبح نافذة بحقّه.

الأضرار الناجمة عن عملية الاختراق .

بالمقابل فان ممارسة الغير لحرفة طرق أبواب النظام - خفية - أو التلصص عبر نوافذه يمكن أن توفر لنا أدلة تؤشر الى وجود رغبة لدى من يمارسها بالشروع في عملية اختراق معلوماتي في وقت ما ، بيد أنها لا تصلح لأن تكون دليلاً قطعياً قابل للتوظيف في مساءلة قانونية لمن مارسها ما لم يصاحبها فعل مباشر بدخول ساحة النظام من أبوابه الخلفية ، لأن القانون لا يعاقب على مجرد النية الآثمة مهما بلغت خطورتها(١) .

٤-٢ مستويات حساسية النظام المعلوماتي لعمليات الاختراق:

تختلف حساسية النظم المعلوماتية لعملية الاختراقات التي تستهدف بنيتها ، من أجل هذا فقد عمد العاملون في مضمار الأمن المعلوماتي الى تقسيمها الى المستويات التالية :

المستوى الأول:

إن الهجمات المصنفة ضمن قائمة هذا المستوى تمتاز بكونها لا تحمل في طيّاتها مخططات مسبقة ، ويمكن أن نصفها بأنها عفوية ! . يتضمن هذا المستوى استثمار القابليات التي تتيحها ثغرات رفض الخدمة ، وقنابل البريد الإلكتروني . تستلزم آثار هذه الاختراقات وقتاً لا يقل عن ٣٠ دقيقة لقيام المتخصصين بتوظيف تقانات معلوماتية متقدمة لمعالجة الآثار الناجمة عنها .

تنشأ هذه الهجمات من دائرة رغبة الغير بإزعاج مستخدمي النظام المعلوماتي بطريقة سريعة ، ولا تستلزم معرفة عميقة بتقانات المعلوماتية لمن أراد معالجة آثارها

(١) شرح قانون العقوبات الجديد : ١٥١ .

الجانبية[1]

تتسم المخاطر الناجمة عن هذا المستوى بكونها ضئيلة وغير مؤثرة، بيد أن الأمر الذي يقلق فيها هو سهولة مباشرتها من قبل أشخاص لا يمتلكون خبرة عميقة في تقانات المعلماتية، فتزداد شيوعاً، وتكثر احتمالات مواجهتها على الدوام.

المستويان الثاني والثالث:

يتضمن هذان المستويان الأنشطة المعلوماتية الخاصة بحصول مستخدم محلي في الشبكة على امتيازات تفوق تلك الممنوحة له بموجب المكانة التي يتبوءوها، والتي تشمل: قراءة أدلة أو ملفات، أو تعديل محتوياتها.

يتحدد حجم التهديد المعلوماتي على ضوء الأهمية التي تمتلكها الملفات والأدلة الموجودة على الشبكة، فامتلاك مستخدم محلّي لامتياز خاص بالدخول الى دليل TEMP مثلاً يشكل خطورة كبيرة، لأنه يمهد الطريق الى نوال ثمار المستوى الثالث، حيث يستطيع مباشرة عمليتي التعديل والتغيير، أو يستمر في عملية ولوجه بمتاهات الشبكة، وأماكنها المحظورة، وصولاً الى المستوى الرابع.

تكمن الخطورة التي تنشأ عن المستخدم المحلي في طبيعة الامتيازات التي نجح في اقتناصها فأضافها الى قائمة استخداماته داخل الشبكة، ونوع النظام المعلوماتي الذي يعمل عليه.

(١) يمكن الاطلاع على مزيد من التفاصيل عن هذا المستوى عبر الوثيقة الإلكترونية:
http://vger.alaska.net/mail/bos/msg00002.html.

المستوى الرابع:

يشمل هذا المستوى جميع الأنشطة التي تنشأ عن تهديد معلوماتي قادم من خارج حدود النظام المعلوماتي، يحاول صاحبه ممارسة عملية الدخول الى الملفات القابعة في حماه .

تتباين أصناف عملية الدخول إلى ساحة الملفات، فتتدرج بين اطلاع على هوية الملفات ومواقعها، أو قراءة محتوياتها، أو تعديلها حسب رغبة قراصنة المعلومات، أو تنفيذ مجموعة محدودة من الايعازات البرمجية من خلال خادم الشبكة . تنشأ معظم هذه الثغرات نتيجة عملية الإعداد غير المحكم للنظام المعلوماتي، والمشاكل الناجمة عن الفيضان المعلوماتي[1] .

المستويان الخامس والسادس:

يشمل هذان المستويان جملة الظروف والملابسات التي يمكن أن تحدث في ساحة النظام المعلوماتي فتورثه خللاً يوفر للغير فرصة لممارسة اختراقات وتهديدات معلوماتية خارج السياقات التقليدية، التي يمكن التنبؤ بإمكانية حدوثها .

ففي هاتين المرحلتين يستطيع مستخدم من خارج النظام ممارسة جملة كبيرة من الأنشطة المعلوماتية داخل الشبكة مثل : القراءة، التعديل والتغيير، تنفيذ برمجيات تطبيقية، استغلال موارد معلوماتية متاحة على شبكات النظام . أي أن هذه المستويين يجعلان من أبواب النظام مفتوحة على مصراعيها أمام قراصنة المعلومات ليعبثوا فيها كما يشاءون ! .

---

(١) An Introduction to Intrusion Detection, By : Aurobindo Sundanam. http://www.techmanager.com/nov96/intrus.html.

جدول رقم (٢) ـ الموجودات التي تتأثر بالاختراق المعلوماتي .

طبيعة الموجودات	النسبة
خدمات الحاسبات .	٤٩٪
البرمجيات .	٢٤٪
البيانات .	٢٢٪
الأجهزة وملحقاتها .	٥٪

٥- جرائم المعلوماتية في التشريعات القانونية لدول أخرى:

لكي نمهد لعملية المعالجة الوطنية لموضوع جرائم الفضاء الافتراضي، سنحاول دراسة التشريعات القانونية السائدة في أكثر من دولة من الدول التي عالجت الموضوع وتمتلك في سجلاتها القانونية أكثر من وثيقة مسجّلة لجرائم حاسوبية .

لاحظنا من جولة تقصّي مركزة لمواد القانون الأمريكي بأن تفاصيل جرائم الفضاء الافتراضي[١] قد عولجت قانونياً في فصل الجرائم BIII العنوان XXIX وأدرجت جرائم الحاسوب في القسم ٢٩٠٠٠١ تعديلات على المواد الموجودة في قانون عام ١٩٩٢ بموضوع إساءة استخدام الحاسوب للعام ١٩٩٤ . فأضحت جريمة الحاسوب التي نوقشت مفرداتها من خلال ما ورد في المادة(٥- A)تعتبر الفعل الذي يمارسه شخص ما جريمة إساءة الاستخدام الحاسوبي عند استخدام الشخص المذكور لنظام الحاسوب في أنشطة الاتصالات، أو التجارة، بفعل متعمد يؤدي الى نقل برنامج، أو معلومات، أو شيفرات، أو أوامر Commands الى حاسوب أو نظام

(١) Computer Crime Provision of The Crime Bill, Computer Abuse Amendments Act of 1994 .

حاسوبي إذا :

أولاً: كان الشخص الذي سبب عملية النقل يهدف أن تكون عملية النقل سبباً في:

١- تخريب، أو ينشأ عنها تخريب لحاسوب، نظام حاسوبي، شبكة حواسيب، معلومات، بيانات، وبرنامج، أو . . .

٢- كبح أو منع، أو تسبب في كبح أو منع استخدام حاسوب، نظام حاسوبي، شبكة حواسيب، معلومات، بيانات، وبرنامج، و . . .

ثانياً: نقل الأجزاء المؤذية من البرنامج، المعلومات، الشيفرة، والإيعاز بحيث:

١- تحدث بلا تخويل من الشخص، أو الكيانات التي تمتلك أو تتحمل مسؤولية عن نظام الحاسوب الذي يستلم البرنامج، المعلومات، الشيفرة، والإيعاز. و . . .

٢- يسبب فقداناً أو تلفاً الى شخص أو عدة أشخاص وبقيمة تتجاوز ١٠٠٠ دولاراً أو أكثر، وخلال أي سنة كاملة، أو . . .

٣- يغيّر أو يفسد، أو يحتمل أن يغيّر أو يفسد الفحوصات الطبية، الاختبارات الطبية، العلاجات الطبية، أو العناية بأي شخص، أو مجموعة أشخاص .

عالج القانون الكندي موضوع جرائم الحاسوب ضمن القسم ٣٤٢ . ١ والتي تضمنت مادة واحدة عرفت خلالها حدود الجريمة بكونها تشمل كل من استطاع باحتيال ودون وجه حق[1] :

---

(١) Canadian Computer Crime Law, 1995.

أ- الاستحواذ بصورة مباشرة أو غير مباشرة على أية خدمة حاسوبية .

ب- مقاطعة أو يسبب مقاطعة بصورة مباشرة أو غير مباشرة لأية دالة في نظام حاسوبي .

ج- استخدم أو أتاح إمكانية استخدام ـ بصورة مباشرة أو غير مباشرة ـ نظام حاسوبي بقصد ارتكاب إزعاج أو إيذاء للغير .

وأن من اقترفها يصبح مسؤول قانونياً وعُرضَةٌ للاتهام والمقاضاة ويحكم عليه بالسجن لفترة لا تزيد على عشر سنوات .

وإذا تفحصنا لوائح القانون الألماني نجد بأنها قد عالجت موضوع جريمة الفضاء الافتراضي من خلال أكثر من مادة . عالجت المادة ٢٠٢ a موضوع التجسس على البيانات Data Spying واعتبرت كل شخص يتجسس على بيانات الغير التي تتصف بسرية وكتمان شخصي، ودون ترخيص قانوني متهماً بجنحة لا يزيد حكمها على ثلاثة سنوات[(١)] .

أما المادة a٢٦٣ فقد ناقشت موضوع الاحتيال بواسطة الحاسوب فاعتبرت كل من مارس جملة من الأنشطة المعلوماتية لطرف ثالث لغرض إحداث خلل في النظام المعلوماتي للطرف الثاني عبر توظيف تقنيات غير صالحة في تصميم البرمجيات التي تعالج تلك البيانات، أو الاستخدام الجزئي للبيانات بحيث تفقد جزءاً من الخصائص التي تتصف بها، ويتم تحقيق ذلك عن طريق الاستحواذ غير المشروع على البيانات، أو عبر أي نوع من أنواع الاختراق المعلوماتي غير المرخص، يحكم عليه بالسجن لا

(١) German Criminal Law, Section of Computer Crime.

تزيد على خمسة سنوات، أو الغرامة.

وإذا ألقينا نظرة على القانون الإيطالي فقد عولجت جريمة الحاسوب من خلال منظور ضيق شمل موضوع نشر البرمجيات التي تهدف الى تخريب أو مقاطعة النظم الحاسوبية (فايروسات الحاسوب بالخصوص) ضمن المادة ٥ , ٦١٥ معتبراً كل من قام بنشر، ونقل، أو توزيع برنامج حاسوبي، سواء قام هو بكتابته، أو تم إعداده من قبل شخص آخر، لغرض: إحداث آثار تخريبية في نظام حاسوبي، أو نظام اتصالات، أو .. التسلل الى نظم برمجية واختراقها، أو مقاطعة أنشطتها بصورة كلية، أو لجزء محدود منها. يعاقب هذا الشخص بالسجن لمدة تصل الى سنتين، وبغرامة مالية تصل الى ٢٠ مليون ليرة إيطالية[١].

أما إذا طالعنا لوائح القانون السويسري فإننا سنجد جريمة الفضاء الافتراضي شاخصة ضمن المادة ١٤٤ bis والتي تعالج الموضوع من منظور المعلومات، معتبرة كل من قام- وبدون ترخيص- بإلغاء، تعديل، إتلاف البيانات بتقانات المعلوماتية، أو استحوذ عليها، وخزنها، أو نقلها الى الغير مقترفاً لجرم يستحق عليه الحكم بالسجن لمدة تصل الى ثلاث سنوات، أو بغرامة مالية تصل الى ٤٠٠٠ فرنك سويسري[٢].

٦- قراءة معلوماتية في المراجع القانونية العربية:

يمكن تعريف الجريمة الحاسوبية بكونها كل فعل غير مشروع ينشأ في ساحة الفضاء الافتراضي ويوظف الحاسوب وتقانات المعلوماتية بشتى أنواعها بكيفية يقرر

(١) Gazzetta Ufficiale 30-12-1993, No. 305, Legge 23 Dicembre 1993, No. 547.

(٢) Swiss Criminal Code, Art. 144bis, Damaging of Data, January 1st 1995.

لها القانون عقوبة أو تدبيراً احترازياً[1] .

إذا توجهنا صوب صياغة فيصل حاكم في التمييز بين زمر الجرائم الواقعة في دائرة الفضاء الافتراضي بالحاسوب ، ستبرز أمامنا التصانيف التي تبناها المشرّعون ، وهي :

١ -التصنيف استناداً الى الركن الشرعي .

٢- التصنيف استناداً الى الركن المادي .

٣- التصنيف استناداً الى الركن المعنوي .

إن محتوى جدول رقم (٣) يوفر معالجة أولية لموضوع تصنيف الجرائم الحاسوبية في الفضاء الافتراضي على ضوء المفاهيم التي استطعنا اقتناصها من المطالعة السريعة لبعض المصنفات في دائرة قانون العقوبات . بالمقابل فإن المعالجة المتأنية لأصناف الجرائم الحاسوبية من قبل جهابذة المشرّعين العرب ، ستثمر عن إرساء حدود دقيقة لمعالم كل نوع من أنواع الجريمة الحاسوبية ، سواء كانت جنائية ، أم جنحة ، أم مخالفة بمنظور الركن الشرعي . أما الركن المادي فسيضع كل منها في موضعه سواء كانت جريمة عادية أم سياسية .

إن القراءة المتفحصة لمفردات كتب القانون العربية- بمنظور معلوماتي بحت - تثمر عن الوقوف على جملة من المفردات القانونية الخصبة التي يمكن أن تعتمد كمورد للمعالجة القانونية لجرائم الحاسوب والفضاء الافتراضي .

---

(١) الأحكام العامة في قانون العقوبات : ١٧٥ .

إن المظهر السلوكي لجرائم الفضاء الافتراضي الحاسوبي، يجعلها جميعاً في نطاق دائرة الجرائم الايجابية لأن مرتكبها قد تحقق بفعله عملاً من الأعمال المحرمة قانوناً، ومنها سرقة البرمجيات، وممارسة أنشطة غير مشروعة بشتى صورها[1]. أما من حيث توقيت السلوك أو استمراره، فيظهر في جدول رقم (٣) بأن هذا النوع من الجرائم هي جرائم مستمرة (من حيث توقيت السلوك) لأن السلوك الاجرامي المكوّن للركن المادي منها هو حالة تحتمل بطبيعتها الاستمرار، ولا تنتهي ما دامت هذه الحالة قائمة في استمرارها حتى ينقطع الاستمرار فتنقطع عندئذ الجريمة، ويبدو بأن بعض هذه الجرائم (مثل الدخول الى ساحة النظم الحاسوبية، التلاعب بالبيانات، الخ..) تتخذ مظهر التتابع أو التجدد لأن الجاني لا يرتكب جنايته دفعة واحدة بل على دفعات متعددة، وبأفعال متعددة، ولأجله كانت جرائماً متتابعة الأفعال[2].

ونلاحظ بأن انفراد السلوك الإجرامي أو تكراره يجد له مكاناً بين جرائم الفضاء الافتراضي، ونلاحظ بأن بعض هذه الأفعال الإجرامية تقع بدائرة الجرائم البسيطة مثل سرقة البرمجيات، لأن مرتكبها يمارس فعلاً عمدياً مادياً واحداً، ايجابياً، ومستمراً لا يتكرر في الواقعة الواحدة.

بالمقابل فإن الركن المعنوي لجرائم الفضاء الحاسوبي فيبدو أمامنا بأن بعض هذه الأفعال الإجرامية غير عمدية (مثل التلاعب بالبيانات، أو زج فايروسات حاسوبية على شبكات المعلومات) لأنها قد نشأت عن الخطأ أو الاهمال. وهناك في نفس

(١) المبادئ العامة في قانون العقوبات: ٣٠٨.

(٢) نفس المرجع: ٣١٥.

الوقت أفعال اجرامية تتصف بهاتين الصفتين (جرائم مقصودة، أو غير عمدية) في ضوء طبيعة الدافع الذي نشأ عنه الفعل الإجرامي[1] .

وهناك في نفس الوقت جرائم متعدية ذات قصد محدود (مثل الدخول الى ساحة النظم الحاسوبية للغير والعبث بها)، بينما نجد أيضاً جرائم متعدية ـ ذات قصد عام (مثل كسر الشيفرات البرمجية الوطنية لغرض الإخلال بالأمن الداخلي أو تسريب معلومات ذات أهمية فائقة الى جهات أجنبية) .

جدول رقم (٣) ـ تصنيف أولي لجرائم الفضاء الافتراضي .

أنواع جرائم الفضاء الافتراضي	الركن المادي	الركن المعنوي
سرقة البرمجيات أو استغلالها دون وجود أذن مسبق بذلك .	جرائم إيجابية، جرائم مستمرة، جرائم بسيطة، جرائم متتابعة الأفعال .	جرائم عمدية .
الدخول الى ساحة النظم الحاسوبية، وشبكات الهواتف بأنواعها لاستغلال الموارد المتاحة فيها .	جرائم إيجابية، جرائم مستمرة، جرائم بسيطة، جرائم مستمرة .	جرائم عمدية، جرائم غير عمدية، جرائم متعدية ـ قصد محدود .
ممارسة أنشطة إرهابية بمختلف مستوياتها إزاء البنى التحتية للدول، أو المؤسسات، أو الأفراد .	جرائم إيجابية، جرائم مستمرة، جرائم متتابعة الأفعال .	جرائم عمدية، جرائم متعدية ـ أو قصد عام .
التلاعب بالبيانات وتغيير محتويات ملفات الغير أو اتلافها، أو نقلها، ونشرها .	جرائم إيجابية، جرائم مستمرة، جرائم بسيطة، جرائم متتابعة الأفعال .	جرائم عمدية، جرائم غير عمدية، جرائم متعدية ـ قصد محدود .

(١) نفس المرجع السابق : ٣٢٣ .

كسر الشيفرات البرمجية للبرمجيات التطبيقية المحميّة، أو الملفات المشفرة لأغراض الحفاظ على سريّة محتوياتها لأي سبب كان .	جرائم إيجابية، جرائم وقتية .	جرائم عمدية، جرائم متعدية - قصد عام .
مباشرة أعمال قرصنة على الخدمات العامة والخاصة المتاحة على الشبكات الحاسوبية .	جرائم إيجابية، جرائم مستمرة، جرائم بسيطة، جرائم متتابعة الأفعال .	جرائم عمدية، جرائم غير عمدية، جرائم متعدية- قصد عام .
زج الفايروسات الحاسوبية، أو برمجيات مشابهة لإحداث خلل في جرائم بسيطة . أداء المنظومة، أو إتلاف مواردها المعلوماتية .	جرائم إيجابية، جرائم سلبية، جرائم مستمرة، جرائم غير عمدية،	جرائم عمدية، جرائم متعدية - قصد عام ومحدود .
تهريب موارد معلوماتية من نظام الى آخر .	جرائم إيجابية، جرائم مستمرة، جرائم بسيطة، جرائم متتابعة الأفعال .	جرائم عمدية .

لمعالجة موضوع السرقة في ميدان الفضاء الافتراضي بمنظور قانوني، تم مراجعة قانون العقوبات العراقي فظهر لنا بأن المادة (٤٣٩ عقوبات) قد أرست أركان جريمة السرقة وفق منظور المشرّع العراقي، وجعلتها ثلاثة أركان تناط بفعل الاختلاس، ومحله، والقصد الجنائي المصاحب له .

عالجت كتب شرح قانون العقوبات (الخاص)[1] الموضوع بتفصيل معتبرة عملية انتقال الشيء من حيازة صاحبه الى حيازة الجاني بحركة مادية - مهما كان نوعها -

(١) شرح قانون العقوبات الخاص : ٢٦٠ .

الضابط في بيان ماهية فعل الاختلاس، وهو أمر يتطابق مع تعريف ماهية السرقة المعلوماتية بالفضاء الافتراضي للحاسوب حيث يباشر فعل الاختلاس بحركة مادية عبر وسائط اتصال الشبكات الحاسوبية، وشبكة الانترنيت العالمية.

أما مناقشة موضوع الشروع بفعل الاختلاس فيورث اختلافاً بين المعالجة التقليدية والمعالجة الافتراضية لجرائم الحاسوب بيد أنه لا يستلزم تغييراً بالمفاهيم بل تغييراً في طبيعة المذهب المعتمد في تعريف حدود فعل الاختلاس الذي اعتبره المشرّع العراقي مرتهناً بالشروع في فعل الاختلاس وفقاً لنص المادة (٣٠ عقوبات) لميله الى المذهب الشخصي. أما في الفضاء الافتراضي فإن عملية الإبحار المعلوماتي الذي يمارسه مستخدم ما على الشبكة العالمية، أو الشبكات الفرعية المرتبطة بها قد يفتح أمامه أبواباً - خارج حسبانه - فيشرع بالدخول الى حاسوب للغير على الشبكة لم تحكم عملية أمنه، فينتقل بين موارده دون وجود هدف مسبق لمباشرة فعل الاختلاس. لذا فإن المذهب الموضوعي (المادي) يبدو أكثر قبولاً في تعريف حدود عملية الشروع، فتتغير العبارة من الشروع الى البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة.

أما محل الاختلاس في الجريمة الافتراضية فيمتاز بكونه خارجاً عن نطاق مفاهيم التملّك التقليدية لأن الفضاء الافتراضي يختلف عن المكان التقليدي. لذا ينبغي استخدام عبارة دقيقة تصف حدود الملكية فيه بدلاً من الاصطلاحات الشائعة بالوقت الراهن في المواد القانونية التي تعالج محل الاختلاس.

وهناك إشكال آخر يرتبط بصفة نقل ملكية الشيء المختلس، لأن عملية السرقة المعلوماتية لا تقوم بسرقة ذات الشيء بل صورة مستنسخة عنه، مع بقاء حيازته لدى

المالك الأصلي . كذلك الحال بالنسبة للقصد الجنائي - بشقّيه : العام والخاص - فتقف أمامنا عقبة المعالجة القانونية لرغبة المستخدم في اكتناه المجهول ، ودخول حمى الغير لمعرفة المزيد ، دون وجود ميل لديه بالتملك ، أو الحيازة غير المشروعة للمعلومات ، الأمر الذي يحول دون إثبات قيام القصد الجنائي ، وبالتالي لا تقوم جريمة السرقة وفق المنظور القانوني[1] .

وقد حاولنا إجراء عملية مسح موضوعي لفقرات ومواد القانون العراقي ، وأودعنا تلك التي ترتبط بوشائج معرفية مع المحاور التي تشكل أركان الجريمة في الفضاء الافتراضي في جدول رقم (٤) .

وقد حرصنا على تبويب الجرائم الماسّة بأمن الدولة الى محورين (داخلي) يضم بين ثناياه الأفعال الإجرامية التي تنشأ في الفضاء الحاسوبي وتحمل معها تأثيرات تمس بالأمن الداخلي للدولة مثل : إتلاف وثائق رسمية داخل حمى الدولة الالكترونية ، أو زج فايروسات حاسوبية تعرقل الأنشطة الوطنية المختلفة . و(خارجي) يشمل جرائماً تمارس على البنية الوطنية بمختلف قطاعاتها لغرض إحداث إخفاق في أدائها بجزئه الذي يقف في دائرة العلاقات الدولية القائمة مع الغير ، أو إحداث ثغرات قابلة للاستغلال من خارج حدود الدولة لممارسة ضغوط يمكن من خلالها تسريب أسرار الدولة أو إضعاف قدراتها الدفاعية الوطنية ، أو الإخلال ببنيتها الاقتصادية .

وهناك جرائم تقع على الأشخاص كنتيجة للفعل الإجرامي الحاسوبي والذي يحاول التسلل الى حواسيب الغير بغرض سرقة معلومات ، أو إتلاف برمجيات ، أو

---

(١) نفس المرجع السابق : ٢٧٦ .

سرقة أموال عن طريق اختراق النظام الأمني الشخصي لبطاقات الائتمان الخاصة .

إن الفقرات المذكورة في جدول رقم (٤) تلفت انتباهنا الى ضرورة معالجة مسألة الجريمة القائمة في ميدان الفضاء الافتراضي الحاسوبي من خلال المحاور التالية :

١- صياغة تعريف قانوني دقيق للفضاء الافتراضي تؤشر من خلاله الحدود التي يقيمها القانون لكل مفردة من مفرداته، على ضوء التقسيمات التي يفترضها ضمن مساحته الشاسعة، وشبكة العلاقات القائمة بين الجهات والأفراد التي تقيم في بقعته .

٢- تحديد الحدود الجغرافية الوطنية ضمن مساحة الفضاء الافتراضي، وزمرة المستويات السائدة في البنية المعلوماتية الوطنية للتمييز بين مختلف مستويات الجريمة الحاسوبية في كل مستوى من هذه المستويات، وذلك من خلال تأصيل مفهوم الإقليمية في سريان قانون العقوبات، والذي يعالج موضوع الجريمة كواقعة في مكان ما[1]، وهو أمر قد عالجه المشرّع العراقي في المادة السادسة من قانون العقوبات[2] .

٣- ضرورة تقسيم جرائم الفضاء الافتراضي بتوظيف أكثر من معيار، يعالج كل من هذه المعايير محوراً من محاورها[3]، وكما يلي :

المحور الأول: أنواع الجرائم من حيث جسامتها، وذلك بجعل معيار التمييز بين أنواعها على ضوء العقوبة التي قد حددت لكل منها .

(١) الأحكام العامة في قانون العقوبات : ١٣٥ .

(٢) قانون العقوبات وتعديلاته : المادة السادسة .

(٣) المبادئ العامة في قانون العقوبات : ٢٩٧ .

المحور الثاني : أنواع الجرائم من حيث طبيعتها ، فتعالج من خلال هذا المحور طبيعة الحق المعتدى عليه من قبل الجرائم الحاسوبية ، وتصنف على ضوء ذلك الى جرائم سياسية تستهدف أمن الدولة الخارجي أو الداخلي ، وعادية .

المحور الثالث : أنواع الجرائم من حيث أركانها الثلاثة : المادية ، والشرعية ، والمعنوية .

٤- ضرورة معالجة موضوع انتهاك الحرمة الشخصية لملفات الغير وبياناتهم الشخصية مهما كانت طبيعة المعلومات التي تتضمنها . وهذا الأمر يتطلب معالجة قانونية دقيقة تحدد من خلالها حدود الحرمة الشخصية لمواقع الأفراد على الشبكة الحاسوبية المحلية أو شبكة الانترنيت ، وماهية الصلاحيات القانونية المتاحة للغير في الدخول إليها عبر الوسائل المختلفة ، وطبيعة الاستثناءات التي تخوّل بها بعض الجهات الرسمية لتفحّص بعض محتوياتها على ضوء طبيعة الظروف والملابسات التي تتطلبها .

٥- إن دخول شبكة الانترنيت ، وتقانات المعلوماتية الى كل شبر من ساحة الاستخدام اليومي للإنسان المعاصر ، باتت تحتم ضرورة معالجة الجرائم والتجاوزات التي قد يمارسها البعض على حرمة الغير ، وبشتى المستويات لكي تضمن الحقوق بتشريعات قانونية صارمة .

٦- سينشب عن إتاحة الفرصة للجميع باستثمار القابليات المتاحة على الشبكة العنكبوتية ، مع غياب سلطة المراقبة الأخلاقية في دول أخرى ، أكثر من إمكانية لانزلاق الشباب ، أو ضعاف النفوس في منحدرات الخطيئة التي قد يستغلها

البعض في إشاعة النزعات اللاأخلاقية ، لذا يستلزم هذا الأمر معالجة حكيمة لتجاوز هذه العقبة الأخلاقية التي تتعارض مع عاداتنا وأخلاقياتنا .

جدول رقم (٤) ـ المواد القانونية ذات الصلة بجرائم الفضاء الافتراضي .

التبويب	الموضوع
الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي :	- السعي والتخابر مع دول أجنبية . -تخريب وسائل الاتصالات أو مؤسسات حيوية . -استفادة منفعة مادية من دول أخرى للأضرار بمصلحة وطنية . - الحصول بطريقة مشروعة على سر من أسرار الدولة . -إشاعة ، أو نشر ، أي معلومة من المعلومات الحكومية المحظورة .
الجرائم الماسّة بأمن الدولة الداخلي :	-إتلاف جزء من مرافق الدولة ، أو المصالح الحكومية .
فك الأختام وسرقة الأوراق	-سرقة أو اختلاس ، أو إتلاف مستندات حكومية . -الإهمال في حمل أية مستندات حكومية .
الجرائم المخلّة بالثقة العامة .	-التقليد الكاذب .
الجرائم المخلّة بواجبات الوظيفة :	-إتلاف وثائق الغير .
الجرائم ذات الخطر العام :	-تعريض أموال الناس للخطر . -سلامة خطوط الملاحة الوطنية بشتى أنواعها . - الاعتداء على وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية .

الجرائم المخلّة بالأخلاق والآداب العامة :	-التحريض على الفسق والفجور . العمل الفاضح المخلّ بالحياء . انتهاك حرمة الغير .
الجرائم الواقعة على الأشخاص :	جريمة السرقة . اغتصاب السندات والأموال . جريمة خيانة الأمانة . الاحتيال . جرائم التخريب والإتلاف . المخالفات المتعلقة بالأماكن المخصصة للمنفعة العامة .
المخالفات :	المخالفات المتعلقة بالراحة العمومية . المخالفات المتعلقة بالأملاك والأموال . المخالفات المتعلقة بالآداب العامة .

٧- المراجع:

أولاً: العربية:

١- قانون العقوبات وتعديلاته، قانون رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته، تقديم الأستاذ شبيب المالكي، الطبعة الخامسة، ١٩٩٧، مطبعة الزمان، بغداد.

٢- الخلف، علي حسين، وسلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، الطبعة الأولى، ١٩٨٢، جامعة بغداد، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، مطابع الرسالة، الكويت.

٣- حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد: دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الثانية، ١٩٧٦ م، دار الحرية للطباعة، بغداد.

٤- علي حسين الخلف، وآخرون، المبادئ العامة في قانون العقوبات، الطبعة الأولى، ١٩٨٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، مطابع الرسالة، بغداد.

٥- ماهر عبد شويش الدرة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الأولى، ١٩٩٠ م، مطبعة دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل.

٦- ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)، الطبعة الثانية، ١٩٩٧ م، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، الموصل.

ثانياً: الأجنبية:

1. Art Jahnke, **The Cops Come To Cyberspace**, BOSTON, November, 1990, pp. 90+.
2. **Canadian Computer Crime Law**, 1995.
3. **Computer Crime Provision of The Crime Bill,** Computer Abuse Amendments Act of 1994.
4. David Pitchford, **On The Trail of The Computer Criminals,** FOCUS, August 1995, pp. 10-13.
5. **Gazzetta Ufficiale** 30-12-1993, No. 305, Legge 23 Dicembre 1993, No. 547.
6. **German Criminal Law**, Section of Computer Crime.
7. Harry Levins, **Infrastructure Panel Taking Cyber Threats Seriously,** St.Louis Post Dispatch, June 19, 1997,3A.
8. Larry Coutourie, **The Computer Criminal - An Investigative Assessment**, FBI Law Enforcement Bulletin, September 1989, pp. 18-23.
9. **Microsoft Encarta(r) 2000 Encyclopedia** (c) & 1993-99 Microsoft Corporation.
10. **Microsoft(r) Bookshelf(r) Computer and Internet Dictionary** 1997 Microsoft Corp.
11. Peter Cassidy, **Silent Coup In Cyberspace**, SACRAMENTO

BEE, June 2, 1996, pp+1.

12. Shawne K. Wickhame, **Crimes In Cyberspace Posing New Challenges for Law Enforcement**, New Hampshire News, March 6, 1994, pp.1A+.
13. **Swiss Criminal Code, Art**. 144bis, Damaging of Data, January 1st 1995.
14. Thomas McEwen, **The Growing Threat Of Computer Crime,** DETCTIVE -US Army, Summer 1990, pp.6-11.
15. Vic Sussman, **Policing Cyberspace**, U.S. News & World Report, January 23, 1995, pp. 54-60.

ملحق (١)
اصطلاحات معلوماتية في دائرة القانون

لكي تتضح الصورة أمام المشرّع العربي عند معالجة موضوع جرائم العالم الافتراضي فقد تم صياغة حدود الاصطلاحات المعلوماتية التي تعترضه بكثرة عند معالجة الجرائم السائدة في ميدان الحاسوب والمعلوماتية .

إن أهم هذه الاصطلاحات هي :

١- البيانات : Data يقصد بها تقنية وصف المعلومات أو المفاهيم التي تم إعدادها في هيئة صالحة للاستخدام في الحاسوب والمعدات الملحقة به .

٢- عتاد الحاسوب : Computer Devices ويقصد به الأجزاء التي يتألف منها الحاسوب، أو المعدات التي تقبل الارتباط به، وتصلح لمباشرة عملية اعتراض سبيل أي نشاط يمارس في نظام الحاسوب أو برمجياته .

٣- برنامج الحاسوب : Computer Programويطلق على البيانات التي تصف الايعازات أو العبارات التي ينجم عن تنفيذها في نظام حاسوبي قيام هذا النظام بتطبيق دالات معلوماتية .

٤- الخدمة الحاسوبية : Computer Service وتتضمن معالجة البيانات، خزنها، واسترجاعها بالتقنيات المعلوماتية السائدة .

٥- النظام الحاسوبي : Computer System ويقصد به المعدات، أو مجموعة من المعدات المترابطة، أو المتوافقة وظيفياً، والتي :

١- تحوي على برمجيات حاسوبية، أو بيانات أخرى، و . .

٢- تكون متوافقة مع البرمجيات الحاسوبية بحيث تمتلك القدرة على إجراء عمليات منطقية، أو تحكّم، أو تجري مهام أخرى مشابهة.

٦- الدالة : Function يقصد به جميع الأشكال والآليات المعلوماتية التي يتعامل بها الحاسوب مع البيئة المحيطة به، والتي تشمل المنطق، السيطرة، الحساب، الإلغاء، الخزن، الاسترجاع، والاتصالات بمختلف مستوياتها.

٧- اعتراض السبيل: Intercept يقصد به كل نشاط يهدف الى التنصت، أو تسجيل أي دالة حاسوبية قيد التنفيذ، أو طلب مادتها، أو ماهية ذلك النشاط أو فحواه.

٨- الاختراق المعلوماتي : تطلق على كل نشاط معلوماتي (غير مشروع) يستهدف تجاوز المنظومة الأمنية التي تتبناها المؤسسات أو الأفراد لحماية ما تمتلكه من معلومات تتسم بسرّية خاصة بعيداً عن متناول الغير لأسباب متعددة.

Informative Concepts of Hypothetical Cyber Crimes

by

Hassan Muthaffar Al Razo
Director. Information Research Centre, Al-Hadba' College, Musil, Iraq

As long as there is law, represented by the legislative authority, concerned with crime control through appropriate legislations, there will be various views and legal issues concerning information crimes emanating from the hypothetical cyber circle of computers, which is entirely different from traditional crimes.

This study tackles this issue focusing on the nature of crimes growing up in the new hypothetical existence and subsequently endangering the security of national, Arabic and international information to enable legal bodies in our Arab World to make appropriate approach to it.

After full analysis of most common concepts in the technological field of hypothetical space information, the writer recommends a number of topics to be tackled giving examples of legislations in many countries having advanced experience in this field to be followed while making similar legislations in the Arab World.

The Continuous Administrative Order

by

Dr. Ali Khattar Shatanawi
Public Law Professor, Faculty of Law, Univereisty of Jardon

This study covers, in two parts, the continuous order being considered as a normal order with the exception that it has a continuous legal effects. In part 1 the writer identifies it through the continuous crime in penal law. Part 2 covers applications of continuous orders by proriding some examples.

The Principle of Equality in Public Service Appointments And Its Application In Administrative Judicial Stipulations
A comparative Study

by

Dr. Mousa Mustafa Shehadah

Associate Professor of Public Law, Head of Research & Studies Dept., Expert - Research & Studies Center, Sharjah

The purpose of this research is to analyse the principle of equality in chosing between applicants for public service vacancies as it is one of serval fundumental principles governig appointment in public service.

The study concluded that discrimination among candidates for public service vacancies on the basis of political, religious or sex considerations is not admissible under the internationl conventions and constitutions of states.

Though the suitability of a nominee to occupy a certain vacancy is to be decided by the concerned authority according to its discretionary power, yet such decision should not be a basis of error in law, error apparent of appreciation, detour of power, or error in fact. However, sex discrimination is only acceptable, provided it is superintended by the court.

Offer and Acceptance In Jordanian Civil Law and Comparative Law: The Concept and its Development

by

Dr. Yazeed Anees Naseer
Associate Professor, Civicl Law, Legal Studies Dept.
Al Al-Bayt Univereisty

Islamic jurisprudence "fiqh" was the first legal system which adopted the doctrine of offer and acceptance. It is thought that the doctrine had been imported to French legal system from Islamic Fiqh through Spain and then transmitted to English law.

As we have seen, all the legal systems which have been studied are in common on the question of determination of offer and acceptance. This determination is based on a chronologically sequential order: the first expression of one party's will is an offer while the second corresponding expression of the other party's will is an acceptance. Nevertheless, All these systems acknowledge some variations from this pattern. These variations vary from one system to another.

As to Jordanian Civil Code, the heavy influence of Islamic Fiqh on it has affected the way by which the code dealt with the doctrine. In fact, the articles concerning offer and acceptance were taken verbatim from the Majallah, Murshid AL- Hairan and Egyptian Civil Code. The legislator thought that Islamisation of civil code means a mere collection of Islamic rules. They failed to coordinate these texts, bring them together, lay down a basic rule and leave much of details to courts.

The Effect of Psychological and Mental Diseases On Criminal Responsibility in Islamic Law

by

Prof. Mohammad Na'eem Yaseen

Faculty of Sharia, Univereisty of Jordon

This study gives a definition of criminal responsibility and commandment. It details the concept of mental and criminal diseases and their types, the concept of criminal responsibility; its cause and conditions The study is split into two parts. Part 1 defines Mind, the degree and criterion adopted by Islamic Law for criminal responsibility with a comparison with mental and psychological diseases, and the effect of mental disability at the time of criminal act. Part 2 discusses the conscience will being the second part of responsibility explaining its definition and psychological diseases having effect on it, etc. The study concludes the Islamic Law point of view on this issue.

providing the publishing authority and publishing date.

6- The researcher should conclude his/her research with a conclusive assumption, findings and viewpoints.

7- The research can be authentic investigarion of a transcript, and in such case the well-accredited scientific procedures applicable in this regard should be folowed, and a copy of same parts of the transcript must be attached.

8 - Contributions may be written in Arabic, English or French, ranging from 5,000 to 10,000 words (16 to 32 A4 pages) excluding lists of references, figures, pictures and appendices.

9 - Contributions must not be a part of the writer's Ph.D or MA thesis, and must not have been published before in any form or submitted for publication to any other journal. The author is required to submit a statement to this effect.

10 - Contributions should be typed on computer. Three copies should be sent to the editorial board of the journal along with one copy on a flopy disk.

11 - Authors are required to include a summary of their academic qualifications and publications.

12- A- one- page abstract should be submitted with the research.

13 - All contributions are subject to confidential review by outside referees.

14- Decision taken about suitability of articles for publication shall be communicated to authors within a maximum period of three months from the receipt date.

15- Lists of internal and external referees are prepared by the academic departments of the Faculty and submitted to the editorial board for approval. Selected referees shall be paid honorarium amounts in accordance with UAE University rules .

16- Priority for publishing contributions is given according to the folowing criteria :

a - the importonce of the topic to UAE society.

b- Date of receipt .

c- Diversity of topics and writers.

Journal of Sharia and Law
Objectives and Publishing Rules

(a) Journal objectives :

The journal of the Faculty of Sharia and Law of the United Arab Emirates University is a specialized, refereed and bi-annual published journal. The objectives of the journal are as follows :

1 - Publishing original articles written by specialists in the fields of Sharia (Islamic Law) and positive law in in order to enrich these two fields.
2 - Strengthening the academic and scientific contacts between the Faculty of Sharia and Law of the UAE University and other Universities in the world.
3 - Analyzing contemporary issues within the framework of Sharia and law, especially the issues relating to the UAE, the Arab world, and Islamic countries.
4 - Studying the academic trends in the fields of Sharia and law and assessing current legal developments as demonstrated in new publications in the fields of Sharia and law , and in the dissertations submitted to Gulf, Arab, Islamic and international universities all over the world as well as conferences and siminars dealing with humanities and environmental issues as relatd to the above mentioned topics. This is in additton to news about Arabic and Islamic intellectual heritage, religious and legal opinions.
5 - Creating opportunities for academic exchange of views with similar journals.

(b) Publishing Rules :

1 - The Journal of Sharia and Law publishes original, genuine and indepth studies related to the Islamic jurisprudence (Fiqh) and law.
2 - Authors are advised to observe academic rules with regard to references, footnotes, sources, and all other rules of research references and footnotes should be cited properly .
3- The researches which embody Quranic quotations or prophetic sayings are required to be properly marked and clearly written.
4 - Contributions should be free from any linguistic and grammatic errors. and numbered in a well-accredited method.
5- A bibliography of all used books, references and periodicals shoud be provided in an alphabatical order, in addition to



Contents



JOURNAL OF SHARIA AND LAW

United Arab Emirates University

" A BI-ANNUAL REFEREED ACADEMIC JOURNAL "

ISSUE NO (16) Shawwal, 1422 H -Junuary 2002

Published by Academic Publication Council
UAE University

This Journal is listed in the "Ulrich's International Periodicals Directory" under record No. 349199
ISSN 1608-1013